

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT

LES RAPPORTS
DES
ACTIONNAIRES
ET DES
PORTEURS DE PARTS DE FONDATEUR
DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le Lundi 7 Mars 1921, à 3 h. 1/2

PAR

Pierre VIDAL

MEMBRES DU JURY { *Président* : M. PERCEROU
Professeur : M. LÉVY-ULLMANN
Agrégé : M. RIPERT

CHATEAUROUX

SOCIÉTÉ D'IMPRIMERIE, D'ÉDITION ET DES JOURNAUX DU BERRY
10, rue de la Poste

1921

UNIVERSITÉ DE PARIS

LES RAPPORTS

ACTIONNAIRES

DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

LES RAPPORTS

des Actionnaires et des Porteurs de Parts de Fondateur

DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

LES RAPPORTS
DES
ACTIONNAIRES
ET DES
PORTEURS DE PARTS DE FONDATEUR
DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le Lundi 7 Mars 1921, à 3 h. 1/2

PAR

Pierre VIDAL



MEMBRES DU JURY

{ *Président* : M. PERCEROU
Professeur : M. LÉVY-ULLMANN
Agrégé : M. RIPERT

CHATEAUROUX

SOCIÉTÉ D'IMPRIMERIE, D'ÉDITION ET DES JOURNAUX DU BERRY
10, rue de la Poste

1921

LES RAPPORTS ACTIONNAIRES

PORTES DE PARIS DE L'INDUSTRIE
DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Pierre VIDAL



Membres du Jury : M. LEBLANC
M. LEBLANC, M. LEBLANC, M. LEBLANC
M. LEBLANC, M. LEBLANC, M. LEBLANC

CHATELAIN

ÉDITEUR DE LA BIBLIOTHÈQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT
10, rue de la Harpe, 10

1901

LES RAPPORTS

des Actionnaires et des Porteurs de Parts de Fondateur

DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

INTRODUCTION

La part de fondateur n'est guère en usage que depuis une soixantaine d'années. Le premier exemple en fut fourni par la Compagnie du Canal de Suez. En 1858, cent parts de fondateur, représentant 10 % des bénéfices futurs, furent créés par M. Ferdinand de Lesseps au profit de certains capitalistes dont l'aide financière avait facilité les études préliminaires de l'entreprise (1).

Plus tard, la Compagnie du Canal Interocéanique de Panama émit aussi des parts de fondateur. Elles donnèrent lieu à une spéculation frénétique, suivie d'une dépréciation qui alla jusqu'à zéro lors de la liquidation de la Société.

Ce désastre n'entrava pas l'essor des parts de fondateur. Au contraire, cette forme de titre prit une importance toujours croissante.

Des causes diverses expliquent facilement ce succès. La multiplication et la variété des sociétés par actions accrurent considérablement les occasions et les raisons de rémunérer par des parts de fondateur les concours apportés à la formation des entreprises. L'espérance de

(1) Les 100 parts primitives furent divisées en dixièmes, ce qui en porta le nombre à 1.000 ; ces dixièmes furent divisés en centièmes, de telle sorte qu'il y a 100.000 parts de fondateur. La part vaut aujourd'hui 2.700 fr. environ au cours de la Bourse (Avril 1920), ce qui représente 2.700.000 francs pour la part de fondateur originaire.

gains illimités poussa le public à acquérir et à mettre en portefeuille ces valeurs nouvelles.

D'autre part on pensa à se servir de ces titres pour répondre à des besoins très différents de ceux qui les avaient fait naître.

A l'origine, les parts de fondateur (ou bénéficiaires), étaient uniquement destinées à la rémunération des fondateurs pour leurs démarches, études et dépenses en vue de la constitution de la société. La pratique ne tarda pas à leur faire jouer d'autres rôles. On les employa pour payer certains apports dont la valeur est difficile à déterminer en capital (brevets d'invention, marque de fabrique, nom commercial) et même pour rémunérer des apports en nature facilement appréciables. Puis l'usage s'introduisit d'attribuer des parts de fondateurs à certaines catégories de souscripteurs ; mais là on cherchait à faciliter le lancement des émissions.

Une cause, plus spéciale et plus récente, vint s'ajouter aux précédentes pour augmenter la fortune des parts bénéficiaires. La loi du 1^{er} août 1893 (article 2) vint, en effet, interdire la négociation des actions d'apport dans les deux années suivant la constitution de la société. Dès lors les actions d'apport perdirent un de leurs principaux avantages qui était de permettre à leurs attributaires d'en tirer immédiatement ressource par la négociation. La doctrine d'une part et la jurisprudence d'autre part (1) ayant conclu du silence de la loi relativement aux parts de fondateur que sa disposition ne s'appliquait pas à elles, les fondateurs n'hésitèrent pas à refuser les actions d'apport pour se faire attribuer des parts immédiatement négociables (2).

(1) Cour de Paris, 14 Janvier 1895. Journal des Sociétés 1895, page 77. La disposition de la loi du 1^{er} Août 1893, d'après laquelle les actions représentant des apports en nature ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la Société, n'est pas applicable aux parts de fondateur.

C'est également l'opinion de M. C. Houpin.

(2) En 1913, le nombre des parts de fondateur introduites sur le marché officiel à la Bourse de Paris n'a pas dépassé 18.000, alors que le nombre des actions introduites s'est élevé à 2.784.457.

Voir Decugis : Traité Pratique des Sociétés par actions, 3^e édition 1919, page 82, note 1.

La loi du 16 novembre 1903, devenue l'art. 34 nouveau du Code de Commerce, en consacrant la validité des actions de priorité, est venue limiter l'utilité des parts de fondateur. Celles-ci, en effet, peuvent être remplacées par des actions ordinaires attribuées aux apporteurs-fondateurs, lesquels n'ont droit à un dividende qu'après une première répartition des bénéfices aux actions de priorité attribuées aux souscripteurs en espèces.

Cela n'empêche pas que les parts de fondateur occupent, en matière de sociétés anonymes, une place fort importante.

La part confère à son porteur le droit de se faire payer une quote-part du bénéfice social annuellement réalisé, après que les prélèvements légaux et statutaires ont été effectués et que les actionnaires ont touché sur ce bénéfice, un dividende déterminé.

Cette notion générale, simplement énoncée, indique que les rapports entre actionnaires et porteurs de parts bénéficiaires vont être la source de difficultés nombreuses et délicates.

Dans toute société possédant des parts de fondateur, il existe un conflit latent entre les deux groupes de participants aux bénéfices : les porteurs de parts de fondateur et les actionnaires. En effet, les porteurs de parts prélèvent une fraction de bénéfices et le jour où les actionnaires pourront se débarrasser de ce prélèvement, ils augmenteront d'autant leur dividende. De leur côté, les porteurs de parts se défieront des actionnaires et auront à lutter contre leurs manœuvres plus ou moins loyales.

Les rapports des actionnaires et porteurs de parts bénéficiaires ont donné lieu, en pratique et en jurisprudence, à des difficultés si nombreuses que le législateur a eu la pensée de les régler. Un projet, déposé en 1903, n'a pas encore abouti. Mais les quelques travaux parlementaires auxquels il a déjà donné lieu, mettent en lumière, non moins que le texte même de ses dispositions, les besoins de la pratique dans ce domaine, les abus auxquels le développement des parts a ouvert la porte et les remèdes qu'ils comportent.

Avant d'exposer les divers conflits qui peuvent s'élever entre actionnaires et porteurs de parts et de rechercher

les solutions appropriées à chacun d'eux, il convient de définir avec précision ces deux situations juridiques : celle de l'actionnaire, celle du porteur de part. (Chapitre premier.)

Ces deux définitions fournies, nous devons établir que la part, par sa notion même, ne comporte pas l'administration de la société. (Chapitre deuxième.)

Mais, les porteurs de parts se trouvant exclus de la gestion sociale, ce que décideront les actionnaires rejaillira sur le sort des parts. Il est à craindre que les actionnaires cherchent à diminuer la fraction des bénéfices attribuables aux porteurs, en exagérant, dans l'établissement des comptes, l'importance des réserves et des amortissements, en reportant à un exercice prochain une partie des bénéfices annuels. Les porteurs ont à redouter, même, que les actionnaires cherchent à se débarrasser des parts en les rachetant ou à leur nuire gravement par des modifications aux statuts, des augmentations de capital, une dissolution anticipée de la société.

Dans quelle mesure les décisions prises, soit par l'Assemblée Générale ordinaire, soit par l'Assemblée générale extraordinaire, seront-elles opposables aux porteurs de parts ? Quelle sera l'étendue du droit de critique de ces derniers ? C'est ce que nous rechercherons dans le chapitre troisième (en ce qui concerne les décisions des Assemblées Générales ordinaires) et dans le chapitre quatrième (en ce qui concerne les décisions des Assemblées Générales extraordinaires).

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION DE L'ACTION ET DE LA PART DE FONDATEUR

La définition juridique de l'action et de la part va d'abord nous retenir.

A vrai dire, nous pourrions être assez brefs en ce qui concerne la situation de l'actionnaire. Nous nous contenterons de rappeler les solutions généralement admises dans la mesure où elles seraient nécessaires pour établir l'opposition du droit de l'actionnaire avec celui du porteur.

La définition de la part, beaucoup plus délicate et plus controversée, méritera de plus longs développements.

SECTION I

L'ACTION

Dans toute société, chaque associé apporte une part dans le fonds social. Cette part s'appelle intérêt dans les sociétés de personnes et action dans les sociétés de capitaux.

Dans les sociétés de personnes, la personnalité de cha

que associé a été envisagée comme une condition d'existence de la société. Cette considération de la personne — *intuitus personæ* — entraîne cette conséquence que la part de l'associé ne peut être détachée de sa personne pour être attribuée à une autre. L'intérêt n'est donc pas cessible. D'autre part et pour la même raison, la société de personnes, à moins de stipulation contraire expresse, se dissout par la mort de l'un des associés.

Dans les sociétés de personnes, la personnalité de personnalité s'efface. Ce que l'on considère avant tout, ce sont les capitaux. L'action est par suite cessible. Un actionnaire est remplacé par celui qui acquiert ses actions. En outre, la mort d'un actionnaire ne nuit en rien à la marche de la société ; ses actions passent à ses héritiers qui deviennent eux-mêmes actionnaires.

L'action est donc une part sociale cessible. Cet adjectif ne suffit pas encore à caractériser la facilité de sa transmission. Il faut dire que l'action est négociable, c'est-à-dire susceptible d'une cession plus rapide que la cession de créance du droit civil, dont les formalités sont réglementées par l'article 1690 du Code civil.

Si l'on cherche à pénétrer plus profondément dans l'analyse du droit de l'actionnaire, on voit que ce n'est pas un droit de propriété sur le fonds social. Les associés, en effet, n'en sont pas propriétaires. C'est la société, personne juridique distincte de celle des associés, qui est propriétaire de ce fonds. Ainsi s'explique que la part sociale de l'actionnaire soit un bien mobilier (art. 529, Code civil) alors même que le fonds social soit composé d'immeubles.

Est-ce à dire que le droit de l'actionnaire soit un simple droit de créance ? Précisons bien la question. Il n'est pas douteux que, lorsque son coupon arrive à échéance après l'établissement du dividende, l'actionnaire a une créance déterminée et exigible ; en ce sens et dans cette mesure, il est créancier. Mais il serait impossible de réduire à la notion du droit de créance le droit tout entier — ou plutôt, tous les droits qui appartiennent à l'actionnaire. A côté du droit aux bénéfices, celui-ci possède le droit de contribuer à la gestion sociale et un droit sur le capital social.

Le droit de participer à la gestion est une prérogative essentielle de l'action. Les actionnaires l'exercent notamment en prenant part aux Assemblées Générales avec voix délibérative. Sans doute, les statuts sociaux peuvent exclure des Assemblées Générales les petits actionnaires (article 27 de la loi du 27 juin 1867), mais il est permis à ces derniers d'assister au moins aux Assemblées Constitutives et aux Assemblées Générales extraordinaires — réunies pour modifier les statuts de la société, délibérant conformément à la loi du 19 novembre 1913, devenue l'art. 31 nouveau de la loi du 24 juillet 1867.

En outre, la loi du 1^{er} août 1893, dans un paragraphe ajouté au même article 27, dispose que les titulaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé statutairement pour être admis à l'Assemblée, pourront se grouper afin de former le nombre nécessaire et se faire représenter à l'Assemblée Générale. Les atténuations ne suppriment pas le principe d'après lequel l'action possède une part dans la gestion de la société.

D'autre part, l'actionnaire a un droit sur le capital social. Le jour où la société est dissoute, l'être moral disparaît, les associés redeviennent co-propriétaires du fonds social. Une règle traditionnelle veut d'ailleurs que la personnalité sociale subsiste jusqu'à la fin de la liquidation. A ce moment apparaît le droit de propriété de l'associé sur l'actif social.

Associé, l'actionnaire doit aussi participer aux aléas de la société. Il contribue aux dettes sociales dans la mesure de son apport ; celui-ci peut être complètement absorbé par celles-là.

Participations à la gestion, droit sur l'actif, participation aux pertes, voilà des traits qui ne cadrent aucunement avec la conception d'un droit de l'actionnaire qui ne serait qu'un droit de créance.

Les obligataires, eux, sont de simples créanciers. Or leur situation s'oppose nettement à celle des actionnaires. La Société s'est engagée vis-à-vis des prêteurs d'argent à leur payer un intérêt et à rembourser le capital, à telle date ou par voie de remboursements périodiques. Si la société périclité, les obligataires saisiront les biens sociaux et se feront payer sur tout l'actif de la société,

sur l'argent des actionnaires. Si la société ne fait pas de bonnes affaires, l'actionnaire ne touchera pas de dividendes avant que les obligataires soient payés de leurs intérêts.

On divise les actions, suivant le point de vue auquel on se place, en actions de numéraire et actions d'apport, actions de capital et actions de jouissance, actions ordinaires et actions de priorité.

Les actions de numéraire représentent des apports en espèces. Les actions d'apport sont attribuées en représentation d'apports de biens autres que du numéraire ; ces apports sont communément appelés apports en nature. Leur évaluation et la négociation des actions qui les représentent sont réglées par les articles 4 et 30 de la loi du 24 juillet 1867.

Actions de numéraire et actions d'apport peuvent être amorties au cours de la société par l'affectation à cet objet d'une fraction des bénéfices. Cet amortissement peut être opéré soit simultanément sur toutes les actions, soit sur quelques-unes seulement par voie de tirage au sort ou de rachat dans certaines conditions. Les actions amorties ne donnent plus droit au paiement du coupon de dividende représentant les intérêts de la somme remboursée, ni au remboursement de leur capital lors de la liquidation de la société, puisque ce remboursement est déjà effectué. Elles prennent le nom d'actions de jouissance par opposition à celui d'actions de capital, réservé aux actions non amorties.

Enfin la différence entre les actions ordinaires et les actions privilégiées consiste en ce que les actionnaires de priorité jouissent de certains avantages sur les autres actions ou possèdent des droits d'antériorité soit sur les bénéfices, soit sur l'actif social, soit sur les deux, conformément à la loi du 16 novembre 1903, devenue l'art. 34 nouveau du Code de Commerce.

SECTION II

LA PART DE FONDATEUR

I. — Ses causes d'attribution

Le plus souvent, les parts sont accordées aux fondateurs, ou à certains d'entre eux, pour les rémunérer de leurs travaux, démarches et dépenses, et, en général, de tous les soins qu'ils ont consacrés à la constitution de la société. Cette rémunération aurait pu consister en une somme d'argent. Mais il est souvent difficile de donner aux services et concours dont il s'agit une évaluation financière. Le moyen le plus sûr de proportionner la rémunération à l'importance des services est de la faire consister en une quote-part des bénéfices nets que pourra produire l'entreprise.

D'un autre côté, les parts de fondateur peuvent être attribuées en représentation d'un apport en nature, effectué soit par un des fondateurs, soit par toute autre personne. La part représente aussi parfois un apport industriel (brevet, marque, nom commercial, clientèle, concours personnel). Dans ces hypothèses, sans doute, on créera de préférence des actions d'apport. Mais aucun texte n'interdit de procéder autrement. Il peut être difficile en fait de donner à l'apport une évaluation précise, sa valeur véritable dépendant du développement de l'entreprise ; en ce cas on conçoit que l'apporteur se contente d'une délégation sur les bénéfices futurs, représentés par des titres d'une valeur essentiellement variable, ne faisant point partie du capital social.

Cette combinaison, bien que non prévue par la loi, est d'autant plus licite qu'elle ne porte aucun préjudice aux tiers (1). Au surplus il est facile de comprendre pourquoi

(1) Le projet de loi sur les Sociétés, adopté par le Sénat le 29 Novembre 1884, admettait expressément la légalité des parts de fondateur. L'article 8 de ce projet était ainsi conçu : « Les avantages consentis aux fondateurs ou à toute autre personne peuvent

les parts de fondateur sont préférées aux actions d'apport, alors même que, normalement, ces apports peuvent être normalement appréciés. La loi du 1^{er} août 1893 — art. 2 — interdit la négociation des actions d'apport durant les deux premières années de l'existence des sociétés. Les fondateurs ont donc un avantage évident à se faire attribuer des parts immédiatement négociables.

Mais la part bénéficiaire ne remplit pas seulement une fonction de rémunération des services et des apports. On lui a fait jouer encore un rôle dans les émissions. Afin de les faciliter, on a pris l'habitude d'attribuer des parts de fondateur, soit aux souscripteurs d'un certain nombre d'actions, soit aux premiers souscripteurs, soit même à tous les actionnaires primitifs.

Si l'on suppose la fusion de deux sociétés, si l'on suppose encore qu'une société périssant réduise son capital et émette des actions nouvelles, on voit que les parts de fondateur sont aussi quelquefois attribuées, dans la combinaison nouvelle, aux anciens actionnaires auxquels la fusion des deux sociétés ou la réduction du capital social peuvent porter préjudice.

Dans ces hypothèses, le souscripteur a deux titres : l'un qui correspond au capital social qu'il a réellement versé et qui a contribué à la formation de l'actif social ; l'autre, la part bénéficiaire, qui ne donne qu'un droit éventuel à un profit variable et qui ne figure pas dans l'actif social. Ainsi, on le voit, on s'est servi de la part de fondateur pour dédoubler en quelque sorte l'action. Dans ce but, on a employé le procédé suivant : on a remis une part bénéficiaire, gratuitement et soi-disant comme prime, à tout souscripteur d'un certain nombre d'actions. On lui retirait ainsi d'une main ce qu'on lui donnait de l'autre, puisque les bénéfices qu'il touchait comme porteur de parts diminuaient d'autant ceux qu'il était appelé à toucher comme actionnaire. « Il y a là, dit M. Percerou (1),

être représentés par des titres cessibles ou négociables. Ces titres ne donnent droit qu'à une part dans les bénéfices, lesquels, sauf stipulation contraire, sont calculés après prélèvement de 5 0/0 au profit des actions. »

(1) Note au Dalloz 1902-2-1 sous Paris, 13 Mars 1901. Cf Percerou : « Des fondateurs de Sociétés anonymes, p. 167. » — Houpin : « Traité des Sociétés civiles et commerciales.

pour les fondateurs des sociétés par actions, un premier moyen, peut-être plus habile que loyal, de faire des libéralités peu coûteuses en émettant deux titres distincts pour représenter une seule valeur, un droit unique, le droit aux bénéfices. »

Il arrive même qu'au moment de la constitution de la société, celle-ci crée des parts de fondateur qu'elle met en réserve afin de les écouler, plus tard, dans le public, contre espèces, si elle a besoin d'argent. Ce procédé s'écarte de la manière la plus absolue du but primitif des parts de fondateur.

On peut se demander quelle est l'utilité de l'émission des parts contre espèces. Si la société est prospère, elle trouvera de l'argent par l'émission d'obligations. Si la société périclité, les parts de fondateur ne trouveront pas de preneur à un prix suffisant pour fournir les ressources voulues. D'ailleurs, dans ce dernier cas, la création d'actions de priorité fournit aux sociétés momentanément gênées un moyen plus efficace et moins aléatoire de faire face aux nécessités. En outre, il est permis de se demander si l'émission des parts de fondateur est licite. Nous ne voyons pas de raison d'en douter. Il n'existe pour une société aucune restriction au droit de contracter des dettes. En l'absence de dispositions statutaires contraires, un établissement demeure libre d'accroître aussi bien ses parts que ses obligations, mais ce qu'on doit dire, c'est que la création de parts de fondateur, dans le but éventuel de procurer à la société, au cours de son fonctionnement, l'argent dont elle pourrait avoir besoin, est un procédé sans véritable utilité pratique, puisqu'il fait double emploi avec la création d'obligations ou d'actions de priorité.

Enfin, non seulement, comme nous l'avons dit, la part de fondateur a servi à dédoubler l'action, mais certains financiers ont voulu dédoubler la part de fondateur elle-même « cherchant ainsi, dit M. Percerou (1), à diviser l'indivisible, et s'imaginant que, parce qu'ils ont émis deux titres baptisés différemment, ils ont, du même coup, créé deux droits contre la société, alors qu'en réalité il

(1) Note au Dalloz, 1902-2-1 sous Paris, 13 Mars 1901.

n'existe contre elle qu'un droit seul et unique. C'est là une tendance fâcheuse, un nouvel excès de la spéculation, qui, s'il se généralisait, pourrait n'être pas sans danger pour le public ».

II. — Nature juridique

La légalité des parts de fondateur ne peut être mise en doute. La société est libre de répartir ses bénéfices comme elle l'entend, en vertu du pacte social (1). Cette affirmation rencontre pourtant deux limites.

En premier lieu, la création de la part serait certainement illégitime si elle avait pour but de faire échec aux lois qui régissent les sociétés. La règle *fraus omnia corrumpit* s'appliquerait ici comme ailleurs.

D'autre part, il est certain qu'une société ne peut créer de parts de fondateur au bénéfice de qui que ce soit que lorsque les créanciers sociaux ont été désintéressés.

Les parts ne sont pas soumises aux règles édictées par la loi pour les actions. Elles n'ont pas de valeur nominale inscrite sur les titres. La fixation légale (de la loi 1^{er} août 1893), du taux minimum de l'action ne s'applique pas à elles. Les parts ne sont pas un élément du capital social ; elles ne figurent pas dans le gage éventuel des créan-

(1) Voir : Lecouturier : Traité des parts de fondateur. — Percerou, Des fondateurs des Sociétés anonymes ; p. 175. — Rod. Rousseau, — Étude sur les parts de fondateur, Lyon-Caen et Renault, t. 2, nos 560 et 39. Houpin, t. I, nos 539 et 19. Thaller : Traité élémentaire de droit commercial — 638 et 39.

La légalité des parts de fondateur a été reconnue implicitement par la loi du 13 Décembre 1893, qui autorise les fondateurs de la Société des Forces Motrices du Rhône, concessionnaires d'une distribution collective d'énergie par l'électricité produite par une chute d'eau, à se réserver une part dans les bénéfices nets de la Société, ce qui a amené la création de parts de fondateur.

Peut-être, au point de vue de la loi de 1867 pourrait-on attribuer comme cause aux parts de fondateur, l'article 4 de ladite loi, permettant la stipulation d'avantages particuliers au profit d'un associé. Il y a lieu, toutefois, de remarquer que les parts de fondateur ne sauraient constituer des avantages particuliers quand elles sont attribuées à tous les actionnaires originaires d'une Société, au prorata du nombre des actions souscrites.

La loi du 19 Mars 1914, qui remplace celle du 29 Juin 1872, dans son article 31, a cité nommément les parts de fondateur.

ciers de la Société. Même lorsque la part est attribuée, ainsi que nous l'avons dit, à certains souscripteurs d'actions de capital, ou à tous les souscripteurs, elle n'est pas soumise aux prescriptions relatives au minimum du taux.

Les parts de fondateurs sont assujetties aux mêmes impôts que ceux qui frappent les autres titres, à savoir : le droit de timbre, le droit de transmission et l'impôt sur le revenu. Toutefois, le droit de timbre est calculé, non sur la valeur nominale du titre, puisqu'il n'en a pas, mais sur la valeur que les parties ont convenu de lui donner.

Voilà des solutions certaines. Mais elles ne nous fournissent pas les éléments suffisants d'une définition juridique de la part. Cette définition est cependant nécessaire si l'on veut se munir d'une solide idée directrice dans l'étude des rapports des actionnaires et des porteurs de parts.

Le silence de la loi et la multiplicité des causes d'attribution des parts de fondateur ont fait naître, au sujet de la nature juridique de ce titre des controverses assez vives.

La part confère à son porteur le droit de se faire payer une quote-part du bénéfice social annuellement réalisé.

Dans quelle catégorie juridique peut-on faire rentrer un semblable droit ?

La question a été très nettement posée en ces termes par M. Wahl, « Le droit du porteur de parts est nécessairement un droit sur le patrimoine de la société, en un mot, une part sociale ; ou contre la personne morale qui constitue la société, en un mot une créance. Si donc, l'on parvient à démontrer que la part de fondateur n'est ni une action, ni une part sociale autre qu'une action, on aura implicitement établi qu'elle constitue une créance. » (1).

Il faut évidemment opter entre deux conceptions inconciliables : ou bien la part bénéficiaire est un *jus in re* (part sociale), ou bien elle est un *jus ad rem* (un droit contre la société, une créance).

Si nous rejetons les théories qui se rattachent à la première conception, il nous faudra caractériser avec préci-

(1) Note au Sirey 1898.2.89. note Wahl.

sion le *jus ad rem*, la créance qui appartient au porteur contre la société anonyme.

Nous arriverons ainsi à cette conclusion que la part de fondateur est une simple créance de participation aux bénéfices.

Puis, nous verrons que cette manière de voir est en général corroborée par la jurisprudence et par les travaux parlementaires relatifs au projet de 1903.

La part de fondateur n'est pas une part sociale

La part de fondateur ne peut être rangée parmi les parts sociales parce qu'elle ne contribue pas aux pertes de la société. Sans doute le porteur touche des bénéfices qui varient avec la prospérité de l'entreprise, et, dans cette mesure on peut dire qu'il participe aux aléas de la société. Mais il est soustrait aux chances de perte. Dirait-on que le porteur risque de perdre la valeur entière de son titre et de ne rien recevoir, en échange de ses services, au moment de la liquidation, si l'affaire a périclité ? Cette vérité ne permet pas d'assimiler le porteur à l'associé actionnaire. Ce dernier contribue aux dettes sociales dans la mesure de son apport. Le porteur de part, au contraire, n'ayant en général apporté aucun capital, ne perd rien de matériellement déterminable. Si son patrimoine ne s'accroît pas, il ne subit pas de diminution ; tout son malheur se borne à ne pas toucher les bénéfices et les profits qu'il espérait.

Tel est le cas général. Mais supposons que le porteur ait fait apport en nature : celui, par exemple, d'un brevet d'invention. Supposons même que la part ait été émise en représentation d'un versement en argent. On est alors tenté de dire que le porteur est un associé, puisque, ayant fait d'une part un apport, il est exposé d'autre part à le perdre et, par suite, à contribuer aux pertes, par la force des choses, dans la mesure même de cet apport. Le porteur qui a apporté un brevet, en a perdu la propriété. Celui qui a apporté son argent ne reverra pas cet argent.

On serait ainsi amené à considérer que la part de fondateur est une part d'associé lorsqu'elle a été délivrée en représentation d'un apport en nature ou en ar-

gent (apport tangible pouvant entraîner une participation matérielle aux pertes) et à dire au contraire que la part de fondateur n'est pas une part sociale lorsqu'elle représente simplement la rémunération de services, de soins, de travaux, de démarches.

Cette distinction pourrait être retenue et faire l'objet d'un examen critique si elle ne se heurtait, dès l'abord, à une objection péremptoire. Celle-ci résulte de la nature même du capital social dans les sociétés anonymes, telle qu'elle a été déterminée par la loi. La loi de 1867 (article 1^{er}), dit que le capital social est composé par l'ensemble des actions. Si la part de fondateur n'est pas une action, elle ne rentre, pas plus que les fonds procurés par les obligataires, dans le capital social. Ce dernier comprend exclusivement les actions. Or, nous allons le montrer, la part bénéficiaire n'est pas une action.

La part de fondateur n'est pas une action

En faveur de l'assimilation des parts bénéficiaires aux actions, on a invoqué des considérations d'ordre pratique :

En premier lieu, si les parts sont considérées comme des actions d'apport, leur négociation est suspendue pendant deux ans, tandis que, si on les regarde comme de simples créances, elles peuvent être négociées immédiatement et donner lieu à des agiotages ;

En second lieu, si l'on considère les parts comme de simples créances, elles ne sont pas soumises à l'approbation de l'Assemblée Générale exigée par l'article 4 de la loi de 1867 pour les actions. Il en résulte que les fondateurs vont pouvoir impunément tourner la loi et duper les actionnaires en se réservant le plus clair des bénéfices.

Il importe de souligner ces deux séries de considérations.

La pratique admet couramment la négociabilité des parts de fondateur aussitôt après la constitution de la société. Cette solution ne fait difficulté ni pour les Chambres syndicales d'agents de change de Paris et de province, ni pour l'Administration de l'Enregistrement. Le

but de la loi de 1893 n'est donc pas atteint en ce qui concerne les parts (1).

En principe, les bénéfices réalisés par une société doivent être partagés également entre tous les associés. Par suite, toute clause des statuts qui rompt l'égalité au profit de certains associés, doit être considérée comme un avantage particulier qui doit être apprécié et vérifié conformément à l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867.

Si l'on considère la part de fondateur comme une action, il faudra soumettre à la vérification l'attribution à un associé de parts de cette nature. De même le droit de préférence réservé par les statuts aux porteurs de parts pour la souscription des actions nouvelles à émettre, en cas d'augmentation ultérieure de capital, est un avantage particulier sujet à vérification. Au contraire, l'attribution de parts à tous les actionnaires, proportionnellement au nombre d'actions de chacun d'eux, ne constitue pas un avantage particulier, puisqu'il n'y a pas stipulation pour certains associés d'une rémunération spéciale et différente de celle des autres.

Ces deux ordres de considérations pratiques sont assez impressionnants. Mais il n'en résulte pas que les parts de fondateur soient des actions. C'est dans les caractères

(1) Plusieurs jugements du Tribunal de Commerce de la Seine ont décidé que les parts de fondateur, n'étant pas des actions, ne sont pas visées par la loi de 1893 interdisant la négociation des actions d'apport pendant deux ans. (Jugements du 24 Septembre 1894 et du 21 Avril 1900. *Journal des Sociétés*, 1895, p. 38 et 1900 p. 463.)

De même, la Cour de Paris a décidé, le 14 Janvier 1895, que les actions d'apport et les parts bénéficiaires sont « la représentation des droits nés de causes absolument différentes » et que la prohibition édictée par la loi de 1893 n'atteint que les actions d'apport. (*Journal des Sociétés* 1895, p. 77.)

D'autre part, la Cour de Cassation, le 16 Novembre 1904 (*Journal des Sociétés* 1905, p. 114), a considéré les parts de fondateur comme des actions susceptibles d'être abonnées au timbre pour toute la durée de la Société. Nous examinons d'autre part la portée juridique de cet arrêt. Si on le poussait jusqu'à ses dernières conséquences logiques, il faudrait dire que les parts de fondateur sont des actions d'apport non négociables pendant deux ans, lorsqu'elles n'ont pas été émises contre un versement en espèces, ce qui est le cas le plus fréquent. Mais la Cour de Cassation ne s'est pas occupée de cette question qui ne lui était pas soumise.

propres de ces titres et dans les droits qu'ils représentent qu'il convient de rechercher leur définition juridique.

Il existe certainement des traits communs à l'action et à la part de fondateur : le droit aux bénéfices et la cessibilité.

Encore certaines réserves sont-elles ici nécessaires. La part ne peut réclamer quelque chose dans les bénéfices que lorsque les actions ont reçu le tant pour cent prévu par les statuts. Ce fait ne conduit-il pas à repousser la théorie de la part-action ?

On répond que, lorsqu'il y a des actions de priorité, on voit également les actions ordinaires payées seulement après elles (1), mais cette réponse n'infirme nullement ce que nous venons de dire. Car l'action de priorité est certainement une action, tandis que, s'il s'agit de la part bénéficiaire, la question est précisément de savoir si ce titre est ou non une action.

Quant à la libre cessibilité, ou, plus exactement, à la négociabilité, elle appartient aux actions et aux parts de fondateur.

Mais le droit de prendre part aux bénéfices et celui de se substituer des tiers par voie de cession ne sont pas les seuls caractères essentiels à l'action. Il est d'autres éléments, non moins essentiels à l'action que les précédents, qui font défaut dans la part bénéficiaire.

D'abord l'article 1^{er} de la loi de 1867 exige un versement par chaque actionnaire. Or aucun versement, soit en

(1) Chavegrin, note au Sirey, 1889-1, p. 417.

M. Chavegrin estime que la part de fondateur doit être assimilée à l'action.

« La première idée qui vient à l'esprit est que, quand un individu, ayant contribué par ses démarches, souvent par ses avances et même sous sa responsabilité, à la création de l'être social, stipule une partie des bénéfices, il n'est pas étranger à l'établissement qu'il a fait naître, et dont il recueille, dans une certaine mesure, les profits ; ce n'est pas un tiers quelconque, investi d'une créance contre une Société avec laquelle il n'aurait que des rapports d'obligation..... Le titre qu'il obtient représente donc vraiment une part sociale, de telle sorte que, s'il l'aliène, quiconque acquiert le titre reçoit, en l'acquérant, le droit de se dire associé. Et, comme on ne conçoit pas, dans une Société anonyme, d'autres associés que les actionnaires, cela signifie que le porteur de parts est un actionnaire. »

nature, soit en valeur, entrant dans la composition du capital social, n'est requis ni opéré par le porteur de parts.

On ne saurait sérieusement ici nous objecter l'hypothèse de l'action de jouissance ; celle-ci est délivrée après le remboursement de l'argent ; mais cet argent a été antérieurement versé. Tout autre est le cas du porteur de part qui n'a fait, à aucun moment, de versement.

L'opposition entre l'action et la part s'accroît si l'on considère deux autres prérogatives essentiellement inhérentes à l'action : le droit de participer à la gestion sociale et celui de figurer dans le partage des biens sociaux, lors de la dissolution.

Examinons la diversité des situations à ce double point de vue.

D'abord la part ne confère pas un droit à la gestion sociale. L'action possède un droit d'administration ; cet élément est essentiel à sa nature, sans lui, elle ne serait qu'une obligation à revenu variable. Or la part de fondateur, nous le verrons, n'est pas admise à l'Assemblée Générale.

Qu'on n'objecte pas le fait que les petits actionnaires sont quelquefois exclus par les statuts de l'Assemblée Générale ordinaire. Cette exception confirme la règle. Le droit d'administration appartient à l'assemblée des actionnaires.

Qu'on n'objecte pas encore l'exemple de l'action de jouissance. Le porteur de celle-ci a restitué à la société une partie de ses droits, mais conservé les autres. Malgré quelques analogies économiques avec la part de fondateur, l'action de jouissance ne peut juridiquement lui être assimilée. Parmi les droits conservés par l'actionnaire de jouissance figure précisément celui d'administration, dont la part de fondateur est privée.

En outre, la part ne confère pas de droit dans le partage du fonds social. Sans doute il est arrivé que certains spéculateurs, ainsi que le met en relief l'exposé des motifs du projet de réforme des lois de 1867 et de 1893, ont statutairement conféré aux parts un droit de co-propriété dans le fonds social et leur ont ainsi réservé des droits dans l'actif à l'époque de la dissolution ou du partage.

Ces clauses rapprochaient ainsi la part de l'action. Mais là n'est pas la question. Il s'agit de savoir si, en l'absence de semblables dispositions statutaires, un pareil droit au partage du fonds social pourrait être reconnu aux porteurs de parts. Or la réponse est certainement négative. A la dissolution et en l'absence de clause spéciale sur ce point, les titulaires de parts n'ont plus le droit de prélever un capital déterminé en concours avec les actionnaires.

Mais on a essayé d'écarter cet argument en disant que le droit au partage du fonds social n'est pas de l'essence de l'action. Quant à cette dernière affirmation, on a tenté de la justifier en soutenant qu'il y a des actions, comme les actions industrielles, qui ne confèrent aucun droit dans le fonds social.

Mais il s'agit de savoir, précisément, si les actions industrielles, vu la particularité importante signalée, constituent bien des actions. Suivant certains auteurs (1), ces prétendues actions ne seraient que des parts de fondateur. Sans aller jusque-là, il est permis de refuser le caractère d'actions aux titres représentatifs d'apports en industrie.

Dans certaines sociétés belges, il s'est formé un groupe spécial d'actions d'apport, réservées aux associés apportant leur industrie à la société : on les appelle des actions industrielles.

Des actions de cette nature sont-elles autorisées par la loi française ? *A priori*, on n'aperçoit pas les motifs qui les feraient prohiber, si l'on admet la légalité des actions de jouissance, car les unes et les autres donnent droit à une simple participation dans les bénéfices. Mais si on se reporte à la définition de la société anonyme donnée par l'article 34 du Code de Commerce, aux termes duquel « le capital social des sociétés par actions se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale », il est bien difficile d'admettre la légalité de l'action industrielle qui ne forme pas une division du capital social.

Les actions industrielles ressemblent aux parts de fon-

(1) Rodolphe Rousseau « Etude sur les parts de fondateur, p. 17.
Houpin, Journal des Sociétés, 1898, p. 9.

dateur en ce que, comme celles-ci, elles ont un simple droit dans la répartition des bénéfices. Elles s'en distinguent, en ce que les titulaires sont des associés, participant à la direction de l'entreprise, tandis que les porteurs de parts sont normalement écartés de la gestion.

La part de fondateur est une simple créance de participation dans les bénéfices

Si la part n'est pas une action, et si le porteur n'est pas un associé, il faut lui reconnaître la qualité de créancier de la Société. Mais quelle est la nature de cette créance en cette matière ?

Est-ce une créance d'intérêt ? Est-ce, ainsi qu'on le répète quelquefois, une créance *sui generis* ? Et, dans cette seconde manière de voir, est-il possible de déchiffrer le mystère de cette expression et de parvenir à quelque précision juridique ?

Le porteur de part n'est pas un créancier d'intérêt. Ce qui caractérise l'intérêt, c'est la fixité. Ainsi l'obligataire, prêteur de la société, touche un coupon d'intérêt fixé. Au contraire le porteur de part n'a droit qu'à une part dans les bénéfices éventuels. Le chiffre de sa créance est donc variable (1). A chaque exercice, le porteur devient créancier d'une somme déterminée en fonction des bénéfices réalisés, et après divers prélèvements effectués.

Le porteur de part puise son droit dans le contrat qu'il a passé avec la société. Ce contrat n'est certainement pas de même nature que celui qui lie la société avec les obligataires. Quelle est la nature de la convention formée entre porteurs et la Société ? C'est de cette idée capitale qu'il faut partir si l'on veut définir exactement la part bénéficiaire.

Or la notion même de la part indique le cadre juridique dans lequel elle peut s'insérer. La part est un droit dans les bénéfices éventuels de la société ; l'étendue de ce droit varie avec le chiffre des bénéfices nets. Immédiatement l'esprit aperçoit une convention de participation entre la société et les porteurs.

(1) D'ailleurs, l'obligataire a un titre portant une valeur nominale ce qui n'existe pas pour les parts.

Cette construction juridique de la part n'est pas nouvelle (1), mais elle demeure, croyons-nous, la seule qui soit satisfaisante (2). Après avoir, dans les premières éditions de son « Traité de Droit commercial » rapproché la part de l'action de jouissance, M. Thaller s'est rallié à la conception que nous défendons: « Le porteur, a-t-il dit, est comparable à un employé participant aux bénéfices, à qui l'on remettrait un titre négociable (3).

Mais, si la part de fondateur est une participation, n'en faut-il pas conclure qu'elle est une part d'associé, contrairement à ce que nous avons dit? Nullement.

L'association en participation est une association essentiellement occulte, qui jurerait avec la part bénéficiaire, mentionnée dans le pacte social rendu nécessairement public et d'ailleurs publiquement négociable.

En réalité, la participation se conçoit abstraction faite du lien social. Il n'y a pas d'*affectatio societatis* entre les porteurs et la Société anonyme. Quand les directeurs d'une société distribuent des parts, ils n'entendent pas conférer à leurs porteurs un droit sur le capital social ou la faculté de concourir à la gestion de l'entreprise. Le droit de critique sur l'administration, l'immixtion dans la gestion, caractéristique de la part sociale, le porteur de part ne l'a pas.

Il arrive fréquemment qu'on se réserve un tantième

(1) Elle a été proposée par Genevois: « Nouveau régime des Sociétés », p. 159 et acceptée par un certain nombre d'auteurs.

(2) Dans une note parue au Recueil Sirey — Sirey-1917-1-33), sous l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation (dont nous parlons plus loin, p. 26, sous la rubrique: jurisprudence), M. Lyon-Caen abandonne l'opinion qu'il soutenait et démontre que les parts de fondateur ne sont pas juridiquement des actions. Il observe que tout titre constatant un droit peut être cessible et que la participation aux bénéfices n'est pas un des caractères essentiels de l'action puisqu'on la rencontre souvent dans le louage de services, dans le prêt, dans l'assurance sur la vie, etc. D'autre part, la qualité d'associé suppose l'*affectatio societatis*, c'est-à-dire le droit de gestion par l'entrée aux assemblées générales. Or, l'exercice de ce droit, est refusé aux parts de fondateur par une clause des statuts devenue de style et rencontrerait un obstacle tenant au calcul du quorum des assemblées, si les parts, qui n'ont pas de contrepartie dans le capital social, y étaient admises.

(3) C'est la même conception qui est exposée dans l'édition du Traité de M. Thaller, revue par M. Percerou.

sur les bénéfices sans devenir associé. C'est le cas du prêteur qui stipule un tant pour cent dans les bénéfices à allouer à l'emprunteur, outre un intérêt fixe. C'est également le cas du chef d'entreprise qui admet son personnel à participer à ses bénéfices (1). Tel est enfin le cas du porteur de part dont le droit se réduit à une pure et simple créance dans les bénéfices éventuels. Cette créance est exclusive de tout lien social (2).

Loi du 2 juillet 1919

La loi du 2 juillet 1919 instituant un règlement transactionnel, pour cause générale de guerre, entre les commerçants et les créanciers, parle, dans son titre II, des parts de fondateur.

Cette loi, dont nous allons nous efforcer plus loin de faire la critique, en ce qui concerne ses dispositions relatives aux parts de fondateur, est intéressante à ce point de vue qu'elle assimile les porteurs de parts aux créanciers de la Société (en l'espèce aux obligataires) et non aux actionnaires.

Le but de cette loi est de remédier à la situation faite par les décrets moratoires aux industriels et aux com-

(1) La situation qui est faite aux porteurs de parts de fondateur est la même que celle de l'employé intéressé dans une maison de commerce. Comme l'employé intéressé, le porteur de parts n'a droit qu'à une portion dans les bénéfices; comme lui, il est exposé, en cas de mauvaises affaires, à ne pas toucher de bénéfices. Il y a donc, au point de vue juridique, identité absolue entre les deux situations. Or, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent que l'employé intéressé est un créancier et non un associé.

Sirey 1898 II, p. 89 — note Wahl.

(2) Cette théorie de la part de fondateur dont le droit se réduit à une créance dans les bénéfices éventuels de la Société a été soutenue par les auteurs suivants: Rousseau « Questions nouvelles sur les Sociétés », p. 159. Etude sur les parts de fondateur. Deloison, Traité des Sociétés II, n° 325 — Wahl — Les parts de fondateur et note dans le Sirey et le Journal du Palais 1898-289. — Arthuys, dans la Revue critique de législation et de jurisprudence 1897, p. 273 — Lyon, 22 Février 1900 — Rev. des Sociétés — 1900, p. 333 — Lyon 12 Nov. 1900 S et G. du Palais 1902-2-6. C'est également l'opinion de Lecouturier dans un article de la Revue critique de législation et de jurisprudence (1897, p. 117, 148, 250 et suiv).

merçants. Le décret du 9 août 1914 avait institué la prorogation des échéances et celui du 29 août établi au profit des sociétés et des banques la faculté de suspendre le remboursement des obligations et le paiement des coupons.

Les échéances commerciales s'étant, de ce fait, accumulées pendant la guerre, il y avait lieu de prévoir la situation qui serait faite aux débiteurs devant les exigences de leurs créanciers (titre I de la loi).

Des dispositions ont été prises par cette loi à l'égard des Sociétés ayant émis « des obligations nominatives ou au porteur, des parts de fondateur ou autres titres analogues ».

L'idée de la loi est très claire en ce qui concerne les obligataires.

Les Sociétés ne sont pas liées avec leurs obligataires de la même manière qu'avec leurs créanciers ordinaires ou fournisseurs. Ceux-ci ont intérêt à être payés dans le plus bref délai possible, quel que soit le sort ultérieur de la Société. Ceux-là ont intérêt à ce que la Société dure et prospère.

La loi, reconnaissant la différence de qualité des créances, a voulu consulter à part les obligataires et pour arriver à ce but, elle les convoque en assemblée qui devra voter le règlement transactionnel.

Nous ne comprenons pas cette disposition s'appliquant aux parts de fondateur.

Quand une Société demande l'application de la loi du 2 Juillet, c'est que sa situation est obérée et qu'elle veut éviter ou la liquidation judiciaire ou la faillite. Dans ces conditions, les porteurs de parts, créanciers de bénéfices éventuels, n'ont rien à prétendre et aucune répartition ne pourra leur être faite.

Cette disposition législative nous paraît donc sans application possible et c'est par erreur, croyons-nous, que les mots « parts de fondateur » ont été insérés deux fois dans la loi à côté du mot « obligations ».

Cette opinion nous semble fortifiée par le rapport de M. Flaudin, qui ne parle pas du tout des parts de fondateur et ne s'occupe que des obligations.

Peut-être cependant pourrait-on soutenir, pour expli-

quer cette disposition de la loi, qu'il y a lieu, pour ménager les droits aux bénéfices éventuels des porteurs de parts, d'avoir leur avis, ne fut-ce que moralement, sur l'opportunité du règlement transactionnel.

Nous ne le croyons pas toutefois et pensons que les rédacteurs de la loi, pleins de l'idée que le porteur de parts de fondateur est un créancier de la Société, l'ont tout naturellement placé à côté de l'obligataire dans l'exercice de ses droits, sans remarquer la différence de qualité des deux créanciers.

La jurisprudence

La jurisprudence a toujours vu dans l'ouvrier ou l'employé intéressés à une entreprise sans participation aux pertes un simple créancier et non un associé (1). De même, et sous réserve d'un arrêt de la Cour de Cassation rendu en matière fiscale, elle a toujours rejeté l'assimilation de la part à l'action et considéré la première comme une créance sur les bénéfices. Toutefois, les arrêts ne sont pas arrivés à définir nettement cette créance : une créance de participation.

Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, du 24 Septembre 1894 (2), s'est ainsi exprimé :

« Attendu que les parts bénéficiaires ne représentent aucune fraction du capital social ; qu'elles ne confèrent aucun droit d'ingérence dans les affaires de la Société ; que leur forme n'est pas définie par la loi qui est muette à leur égard ; que la Société est maîtresse d'en fixer le nombre et la valeur, aussi bien que d'en régler la cession, soit dans la forme applicable aux actions, soit dans la seule forme admise par le Code Civil pour la réalisation des droits incorporels ; d'où il suit que les titres dont il s'agit *ne sont pas des actions* ;

Attendu que les parts bénéficiaires, sous quelque nom qu'elles existent, ne constituent pas davantage une créance contre la Société ; qu'elles ne représentent que des droits éventuels qui ne peuvent être exercés qu'après ceux

(1) Cassation, 17 Avril 1893, Sirey 93. I. 299.

(2) Journal des Sociétés, 1895, page 38.

ds associés ; qu'elles ne permettent pas aux détenteurs de venir à contribution sur l'actif social avec les créanciers ; qu'elles n'ont, à aucun degré le caractère d'une créance ; que, soit que ces titres aient été créés pour rémunérer un concours donné à la Société lors de sa constitution, ou qu'ils représentent des droits antérieurement abandonnés à la Société et dont celle-ci a profité, droits qui ne constituaient pas des apports susceptibles d'être représentés par des actions, les parts bénéficiaires sont des titres d'intérêt et les détenteurs de ces parts des intéressés... »

Le Tribunal en tire, dans l'espèce, cette conclusion que les parts, n'étant pas des actions, ne sont pas visées par la loi de 1893 qui interdit la négociation des actions d'apport pendant deux ans. Si le jugement indique bien les raisons pour lesquelles la part ne doit pas être assimilée à l'action, son argumentation est confuse lorsqu'il cherche à donner à la part son véritable caractère. Le jugement affirme que la part n'a le caractère d'une créance à aucun degré et il se contredit aussitôt en disant que les parts représentent des « droits éventuels ». Car, qu'entendre par là, sinon une créance sur les bénéfices éventuels ? Le Tribunal en arrive à considérer les porteurs comme des intéressés aux bénéfices. Le mot à part, nous voilà bien près de l'idée du créancier de participation aux bénéfices.

C'est au même point de vue que s'est placé un autre jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, en date du 28 Avril 1900. Se fondant sur des motifs analogues, il repousse l'assimilation de la part à l'action et admet la négociabilité immédiate des parts (1).

C'est encore au même point de vue que la Cour de Paris, le 14 Janvier 1895, décide que les actions d'apport et les parts bénéficiaires sont « la représentation de droits nés de causes absolument différentes » et que la loi de 1893 n'atteint pas les parts (2).

La Cour de Lyon, le 14 Mai 1901, déclare que « la part de fondateur possède, relativement aux bénéfices, les deux droits qui caractérisent l'action, c'est-à-dire la partici-

(1) Journal des Sociétés 1900, page 463.

(2) Journal des Sociétés 1895, page 77.

pation aux bénéfices et le pouvoir de céder ce droit, elle ne confère aux porteurs de parts aucun droit d'ingérence dans les affaires de la Société ».

En conséquence, elle rejette toute assimilation de la part à l'action. Elle voit dans le porteur de part « un intéressé, créancier d'une portion de bénéfices que les actionnaires auront déterminé ».

La Cour ajoute : « Attendu que la part de fondateur ne saurait pas davantage être assimilée à une créance sur la Société ; qu'elle n'a, en effet, à aucun degré le caractère d'une créance, puisqu'elle ne représente que des droits éventuels qui ne peuvent être exercés qu'après ceux des associés, lesquels ne prennent rang eux-mêmes qu'après l'extinction de toutes les dettes sociales ; qu'elle n'est donc pas, en fait, une créance sur la Société, mais seulement une créance sur la part des bénéfices arrêtés par les actionnaires. » (1).

Nous ne voyons pas pourquoi une créance sur les bénéfices, même éventuels, arrêtés par les actionnaires, ne serait à aucun degré une créance. Une créance sur la part en question des bénéfices sociaux est une créance sur la société. C'est cette dernière qui se trouve obligée envers les porteurs de parts. Au fond de toutes ces décisions, on aperçoit, implicite, latente, la conception de la part comme une créance de participation aux bénéfices. Si cette expression n'a pas été formulée par les arrêts, c'est qu'ils n'ont pas suffisamment poussé leur analyse.

Tel était l'état de la jurisprudence lorsque la Cour de Cassation eut elle-même à se prononcer. Elle le fit dans son arrêt du 16 Novembre 1904, qui était ainsi conçu (2) :

« Attendu que la Société exposante soutient vainement que les produits des actions des Sociétés peuvent seuls être assujettis à la taxe sur le revenu et que les parts de fondateur litigieuses n'étant pas des actions, ne constituent qu'un simple droit de créance, ces parts échappent à l'impôt ; qu'en effet, les seuls caractères essentiels de l'action sont la participation aux bénéfices et la libre ces-

(1) Moniteur judiciaire de Lyon, 8 Août 1901.

(2) Sirey, 1906, I-49 et note Wahl.

Journal des Sociétés, 1905, page 114.

sibilité aux tiers ; que les parts de fondateur remplissent ces deux conditions ; qu'il importe donc peu, dans l'espèce, qu'elles ne confèrent aux porteurs ni accès aux Assemblées Générales, ni droit à l'actif social ; que, d'autre part, nombre d'actionnaires n'ayant pas un nombre minimum d'actions fixé par les statuts, sont privés du droit d'assister aux Assemblées Générales, sans que leurs titres perdent jamais pour cela leur caractère d'actions ; que, d'autre part, les actions de jouissance, qui sont incontestablement restées des actions, malgré le remboursement de leurs mises à leurs porteurs, n'ont, elles aussi, comme les parts de fondateur litigieuses, un droit sur le fonds social qu'après l'extinction du passif et le remboursement du montant libéré et non amorti de toutes les actions... »

Si l'on donnait à cet arrêt une portée générale et absolue, il y aurait une assimilation complète de la part à l'action. Notamment, la part ne pourrait, pas plus que l'action d'apport, faire l'objet d'une négociation au cours des deux années qui suivent la constitution de la société. Mais la Cour de Cassation n'a, en réalité, nullement prétendu prendre parti dans la controverse et fournir une définition juridique définitive de la part de fondateur.

Son arrêt a une portée exclusivement fiscale. Son but unique a été de frapper la part de fondateur de l'impôt sur le revenu et de la taxe annuelle du timbre par abonnement. Et, pour justifier de cette solution fiscale, la Cour a émis des affirmations qui nous semblent parfaitement erronées. Nous avons montré, en effet, que la participation aux bénéfices et la négociabilité ne sont pas les seuls caractères essentiels de l'action. Le droit de participation à la gestion et le droit sur le fonds social sont également de l'essence de la part sociale et de l'action. Ce n'est pas la première fois que des considérations fiscales ont inspiré une déformation des principes.

Du reste la solution indiquée par arrêt de la Chambre des Requêtes que nous venons de citer et qui assimile la part bénéficiaire à l'action, a été répudiée par la Cour de Lyon (1), le 14 Juin 1911, confirmant, par adoption pure et simple des motifs, le jugement rendu le 26 Juillet 1910

(1) Journal des Sociétés 1918, p. 302 et note Bosvieux.

par le Tribunal de Commerce de Lyon. La Cour de Lyon se prononce en faveur de l'opinion qui voit dans la part de fondateur un droit de créance d'une nature particulière, opinion que nous soutenons ici-même.

« Attendu, dit l'arrêt, que les parts bénéficiaires ne
« sauraient être assimilées aux actions de la Société ;
« qu'elles ne donnent en effet, à ceux qui les possèdent,
« aucun droit d'intervention ou de contrôle dans la ges-
« tion sociale ; qu'elles ne sauraient davantage être con-
« sidérées comme des créances dans le sens ordinaire du
« mot, puisqu'elles ne donnent droit qu'à une participa-
« tion dans les bénéfices, droit qui, d'une manière géné-
« rale, n'appartient pas aux créanciers ordinaires ; qu'elles
« constituent une créance d'une nature particulière don-
« nant droit exclusivement à une part dans les bénéfices
« sociaux disponibles, s'il en existe, soit en fin d'exercice,
« soit à la liquidation de la Société, et permettant de
« mobiliser et d'escompter ce droit à des bénéfices éven-
« tuels par la cession des titres ; que, dès lors, les pro-
« priétaires des parts bénéficiaires n'ont droit qu'à des
« bénéfices, et qu'en cas d'absence de bénéfices, ils ne peu-
« prétendre à une partie quelconque de l'actif social pen-
« dant la durée de la Société, lequel constitue le gage ex-
« clusif des créanciers ; qu'à sa dissolution, ils sont sans
« droit aucun tant que le passif n'a pas été acquitté et le
« capital social remboursé. »

La Chambre civile de la Cour de Cassation, à qui l'arrêt de la Cour d'Appel de Lyon a été soumis, a évité de trancher la question.

Travaux parlementaires relatifs au projet de 1903

Notre conception de la nature juridique de la part de fondateur se trouve fortifiée par des documents relatifs au projet de réglementation législative de ce titre.

En présence des incertitudes de la doctrine et de la pratique, en présence des dangers créés par certaines clauses statutaires qui cherchaient à opérer une confusion plus ou moins grande entre l'action et la part de fondateur, le législateur s'est ému. Un projet de loi fut déposé à la Chambre par le garde des Sceaux, le 4 Juillet 1903,

puis, dans la législature suivante, le 18 Juin 1906 (1). Ce

(1) Revue des Sociétés, 1904, page 33 et note Wahl.

TITRE II

Parts de fondateur

ARTICLE 18. — Les porteurs de parts de fondateur ou bénéficiaires dont les droits sont définis par l'article 4 de la loi du 24 Juillet 1867 peuvent, nonobstant toute clause contraire des statuts, se réunir en assemblée générale et prendre, à la majorité en se conformant aux règles des articles 22, 23 et 25, des résolutions qui s'imposent à tous les porteurs.

ARTICLE 19. — Les statuts peuvent autoriser les porteurs de parts à assister aux assemblées générales d'actionnaires, mais sans voix délibérative, à peine de nullité des délibérations.

ARTICLE 20. — Les assemblées de porteurs de parts sont convoquées par la société. L'assemblée doit être convoquée lorsque les porteurs possédant le vingtième au moins des parts, réclament cette convocation par écrit avec indication d'un ordre du jour.

ARTICLE 21. — Les dispositions des articles 5, 6, 7, 8 et 9, § dernier ci-dessus, sont applicables aux assemblées des porteurs de parts.

ARTICLE 22. — L'assemblée ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre de porteurs possédant la moitié au moins des parts émises. Les résolutions, pour être valables, doivent réunir la moitié plus une au moins des voix des membres présents ou représentés. Chaque porteur a dans l'assemblée autant de voix qu'il possède de parts.

ARTICLE 23. — L'assemblée générale régulièrement constituée statue sur toutes les questions qui lui sont soumises. Elle peut consentir notamment à la réduction du droit aux bénéfices, au rachat des parts par la Société, à la conversion des parts en actions.

ARTICLE 24. — La conversion des parts de fondateur en actions ne peut être décidée que deux ans après la constitution de la Société. Les actions créées en représentation des parts ne sont pas assujetties à la prohibition de négociation édictée par l'article 3 de la loi du 24 Juillet 1867.

ARTICLE 25. — Dans toute Société ayant émis des parts de fondateur, les modifications touchant à l'objet ou à la forme de la Société, autorisées par l'article 31 de la loi de 1867, ne sont valables qu'autant que l'assemblée générale des porteurs de parts, délibérant conformément à l'article 22, approuve la modification.

L'assemblée convoquée à cet effet ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre de porteurs représentant les deux tiers au moins des parts émises. Les résolutions, pour être valables, doivent réunir les trois quarts au moins des voix des membres présents ou représentés.

ARTICLE 26. — Les porteurs de parts de fondateur ne peuvent s'opposer à la dissolution anticipée de la Société prononcée sans fraude par les actionnaires, conformément à la loi et aux statuts.

La proposition de dissolution anticipée est soumise à une assem-

projet tendait à une révision des lois de 1867 et de 1893. Son titre II concernait les parts bénéficiaires. Nous examinerons ultérieurement les réformes proposées. Nous ne voulons, pour le moment, que relever, dans les travaux auquel le projet a déjà donné lieu, les traces de la pensée législative au sujet de la nature des parts.

Or, si l'on lit attentivement l'exposé des motifs et le rapport de M. Chastenet, on n'y trouve que des arguments favorables à la conception de la part comme une créance de participation.

L'exposé des motifs s'exprime de la manière suivante : (1) :

« La part de fondateur est un titre attribué tantôt gratuitement, tantôt en échange de prestations en travail, en capital, ou exceptionnellement en nature et qui donne droit à une part de bénéfices nets de la Société sans participation aux pertes.

« Une question fondamentale divise les jurisconsultes, celle de savoir si la part constitue un droit d'associé ou une créance.

blée de porteurs de parts réunie conformément aux articles 21 et 22. Si l'assemblée approuve la dissolution, aucun porteur de part ne pourra en contester les effets en justice, ni exercer une action en dommages-intérêts de ce chef contre la Société.

ARTICLE 27. — L'Assemblée des porteurs de parts peut nommer un représentant qui sera investi des pouvoirs accordés par les articles 11 et 12 aux représentants des obligataires.

ARTICLE 28. — Sont punis des peines portées en l'article 405 du Code pénal :

1^o — Les gérants ou administrateurs qui, dûment avertis, ne convoquent pas l'assemblée des porteurs de parts dans la huitaine de la réquisition à eux faite conformément à l'article 20 ;

2^o — Ceux qui, en se présentant comme porteurs de parts qui ne leur appartiennent pas, ont voté aux assemblées générales ;

3^o — Ceux qui ont remis des parts pour en faire un usage frauduleux ;

4^o — Ceux qui se font garantir ou promettre des avantages particuliers pour voter, dans l'assemblée, dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote. La même peine est applicable à celui qui garantit ou promet ces avantages particuliers.

L'article 463 du Code pénal est applicable aux faits prévus par le présent article.

ARTICLE 29. — La présente loi est applicable aux parts de fondateur émises antérieurement.

(1) Revue des Sociétés 1904, page 133.

« Le problème a donné lieu à de vifs débats. Nous n'entrerons pas ici dans son examen. Disons seulement que d'après l'opinion dominante la part est considérée comme une créance de bénéfices éventuels, et non comme un droit d'associé.

« Pour mettre fin à toute difficulté à cet égard, l'article 3 de la loi du 24 Juillet 1867, modifié par le projet déposé à la Chambre, précise, le seul droit qu'on puisse attribuer à la part.

« Certains spéculateurs, méconnaissant le véritable caractère des parts, ont tenté, par des moyens coupables, de leur donner le caractère d'actions. C'est ainsi que les statuts confèrent aux parts un droit de co-propriété dans le fonds social. On leur réserve aussi des droits dans l'actif à l'époque de la dissolution et du partage. C'est encore pour remédier à ces abus qui dénaturent le caractère de ces titres, c'est pour empêcher les tromperies dont les porteurs sont souvent victimes, que le projet de réforme de la loi de 1867 dispose que les parts de fondateur ne doivent jamais donner droit qu'à des bénéfices. »

Un droit de simple participation dans les bénéfices éventuels, un droit essentiellement différent de celui qui appartient à la part sociale de l'actionnaire, telle est l'idée très claire qui se dégage de l'exposé des motifs.

Cette idée apparaît également dans le rapport de M. Chastenet à la Chambre des Députés :

« Nous avons déjà résolu la première difficulté que soulèvent les parts de fondateur, celle de la nature juridique, dans l'article 4, aux termes duquel « les avantages consentis aux fondateurs ou à tout autres personnes peuvent être représentés par des titres négociables qui ne donnent droit qu'à une part dans les bénéfices. » (1).

« Nous avons voulu ainsi mettre fin à certains abus qui se produisaient et qui consistaient à conférer aux parts de fondateur des droits inhérents à l'action comme de participer aux assemblées d'actionnaires, ou de partager l'actif social à la dissolution de la Société. »

Il est impossible d'opposer plus nettement la part béné-

(1) Article 4 du projet de modification des lois de 1867 et de 1893, dont M. Chastenet a été également le rapporteur.

ficiaires à l'action. La part ne donne droit qu'à une part dans les bénéfices. Elle n'est qu'une simple créance de participation, analogue à celle du commis intéressé dans les bénéfices du patron, mais avec cette particularité qu'elle est représentée par un titre négociable.

Un peu plus loin, le rapport ajoute ce qui suit :

« C'est qu'en effet, à la différence des obligataires qui sont des créanciers, dont les droits ne peuvent être modifiés, en principe, par une majorité, en dehors des cas de faillite ou de liquidation judiciaire, sans l'adoption de précautions multiples, les porteurs de parts n'ont aliéné au profit de la Société aucun capital, dont ils aient à demander le remboursement : leur droit se borne à une portion des bénéfices sociaux... »

Le rapport oppose ici la créance de l'obligataire à celle du porteur de part. Et sa conclusion, toujours identique, est que le droit du porteur se borne à une participation dans les bénéfices.

CHAPITRE II

EXCLUSION DES PORTEURS DE PARTS DE LA GESTION SOCIALE

La part n'a pas l'administration de la Société. Les porteurs n'ont pas le droit de s'ingérer dans les affaires sociales.

Quelle est la portée exacte de cette défense d'immixtion ?

Il est hors de doute que les porteurs ne pourraient être administrateurs de la Société anonyme. L'intention du législateur de 1867 a certainement été de ne confier cette fonction qu'à des actionnaires dont la bonne gestion est garantie par la possession d'un nombre déterminé d'actions de capital.

Mais les porteurs de parts doivent-ils être amis aux Assemblées générales ?

Ils n'y sont pas admis de plein droit. Cette solution est certaine, si l'on considère que les porteurs sont des créanciers de bénéfices éventuels ; elle est également certaine si on les regarde comme des actionnaires *sui generis*.

En effet, le quorum des assemblées d'actionnaires est réglé par la loi d'après l'étendue du capital ; or l'acte de Société ne présente pas les parts comme une partie composante du capital. Il s'agit de titres aléatoires et ne portant aucune valeur nominale. Comment, dès lors, déter-

miner le nombre nécessaire de parts pour avoir une ou plusieurs voix dans le vote ? Comment compter la somme admise à délibérer ?

Aussi bien ce point est-il incontesté. La discussion se produit seulement sur le point de savoir si des stipulations statutaires peuvent ouvrir aux porteurs l'accès des Assemblées.

Des distinctions sont ici nécessaires. Les statuts peuvent se montrer plus ou moins généreux et accorder aux porteurs, soit un simple droit d'assistance aux Assemblées, sans voix consultative ou délibérative, soit l'accès à ces Assemblées avec voix consultative, soit enfin la faveur extrême de la voix délibérative.

Il n'est guère possible de nier la validité d'une clause autorisant la présence pure et simple des porteurs à l'assemblée. Le fait d'assister à une délibération ne constitue pas un acte de gestion. En écoutant ce qui se dira, ils ne se immiscent nullement dans les affaires de la Société. Au surplus il ne sera pas indifférent qu'ils soient spectateurs ; sous leurs yeux les actionnaires délibéreront plus impartialement, et, d'autre part, les fondateurs seront mieux renseignés sur les affaires sociales.

Nous n'admettons pas, au contraire, la validité d'une clause accordant voix consultative aux bénéficiaires de parts (1). Sans doute, leurs avis pourraient être parfois utiles aux actionnaires. Rien ne les empêche de remplir le rôle de conseillers en dehors de l'Assemblée ; mais ils n'ont pas le droit de l'exercer à l'intérieur de l'Assemblée. Cette

(1) MM. Lyon-Caen et Renault (Traité de D. Commercial — 4^e édition, Sociétés, tome II, p. 844) estiment que les statuts pourraient autoriser les obligataires et à plus forte raison les porteurs de parts à prendre part aux assemblées avec voix consultative et même avec voix délibérative.

Ces auteurs s'expriment ainsi : « Toutes les personnes ayant qualité d'actionnaires, peuvent, en principe, y prendre part (aux assemblées générales) on doit donc reconnaître ce droit à ceux qui ont des actions de jouissance, comme à ceux qui ont des actions de capital et même aux porteurs de parts de fondateur, si l'on considère celles-ci comme des actions et qu'aucune clause des statuts ne les exclue. »

N'admettant pas que les parts de fondateur soient des actions, nous n'admettons pas également leur présence, avec voix délibérative, aux assemblées générales.

situation, qui, en fait, nous apparaît comme une contradiction, s'explique très bien en droit (1). L'expression de la voix consultative serait un acte d'immixtion. S'ils étaient appelés à discuter, les porteurs chercheraient à faire triompher leur opinion, ils agiraient sur l'esprit des actionnaires avec une telle force, parfois, que leurs affirmations auraient une valeur égale à celle d'un vote ou même plus grande encore. Dès lors il y aurait empiètement des parts sur le domaine exclusivement réservé aux actionnaires par la loi de 1867.

A plus forte raison, doit-on considérer comme illégitime une clause statutaire qui accorderait aux porteurs voix délibérative. Seuls, les actionnaires de capital ont le droit de vote. Ainsi l'a voulu le législateur. Cette volonté serait méconnue par la stipulation dont il s'agit. On a quelquefois objecté à la concession du droit de vote aux parts une prétendue impossibilité de faire fonctionner ce système en pratique. Les délibérations sont prises à la majorité ; et la majorité se calcule à la fois sur le nombre des actionnaires et sur le nombre des actions. Comment établir le montant d'une part de fondateur, puisqu'elle n'a pas de valeur nominale ? (2).

Cette objection porterait s'il s'agissait de reconnaître de plein droit voix délibérative aux porteurs : nous l'avons fait nous-même à ce point de vue. Mais la difficulté disparaît si l'on suppose qu'une clause des statuts organise les conditions du vote. Aussi n'est-ce pas sur ce terrain qu'il convient de se placer pour rejeter la stipulation dont il s'agit.

Seul l'actionnaire a le droit de vote. La part est exclue de l'administration. Tel est le sens évident de la loi de

(1) M. Rodolphe Rousseau (Les parts de fondateur), 1899, p. 44, s'exprime ainsi : « On aboutirait ainsi à permettre aux bénéficiaires de parts d'aider par leurs indications les administrateurs, tant qu'ils n'ont pas encore pénétré dans l'assemblée générale et jusqu'à la porte de la salle où elle se réunit ; mais, aussitôt le seuil franchi, les conseils devraient s'arrêter ou du moins n'être plus prononcés qu'à voix basse. Ainsi, conseils dans la rue, pratique louable ; conseils dans la salle, pratique illégale ; conseils dans la salle à voix basse, pratique tolérée ; conseils à voix haute, profitables à tous, par conséquent, pratique condamnée. »

(2) Wahl, note Sirey, 1898-2-91.

1867. Si la solution contraire prévalait dans le pacte social, l'analogie de la part avec l'action deviendrait telle qu'elle donnerait champ libre à toutes les fraudes. Il importe d'éviter que les fondateurs, qui rédigent les statuts, puissent en stipulant en faveur des parts des droits semblables ou analogues à ceux des actionnaires, faire échec aux dispositions restrictives que la loi de 1867 a édictées au sujet des actions elles-mêmes. Cela est si vrai que le projet de loi du 4 Juillet 1903, modifiant la loi de 1867, interdit, à peine de nullité des délibérations, l'assistance des porteurs, avec voix délibérative, aux Assemblées générales ; ce texte permettrait seulement aux statuts d'autoriser les porteurs à être présents aux Assemblées avec voix consultative (1).

L'exclusion des porteurs de parts de la gestion sociale produit une conséquence importante. C'est que les décisions des actionnaires, prises, soit par l'Assemblée générale ordinaire, soit par l'Assemblée générale extraordinaire, vont rejaillir sur le sort des parts bénéficiaires à de multiples points de vue que nous allons maintenant passer en revue.

Si les porteurs de parts avaient collaboré aux décisions des Assemblées, celles-ci s'imposeraient de toute évidence à eux, même si leurs votes avaient été dissidents. Car la majorité fait la loi à la minorité. Mais ces décisions sont l'œuvre exclusive des actionnaires qui sont en rivalité d'intérêts avec eux. Il s'agit donc de savoir jusqu'à quel point on doit considérer ces décisions comme opposables aux porteurs de parts.

Il y a lieu, nous l'avons dit, d'examiner successivement les décisions de l'Assemblée générale ordinaire et celles de l'Assemblée générale extraordinaire.

(1) Article 19 du projet : « Les statuts peuvent autoriser les porteurs de parts à assister aux assemblées générales d'actionnaires, mais sans voix délibérative, à peine de nullité des délibérations. »

CHAPITRE III

DÉCISIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ORDINAIRE ET DROITS DES PORTEURS DE PARTS A L'ÉGARD DE CELLES-CI

L'Assemblée générale ordinaire, à laquelle les porteurs de parts, nous l'avons vu, n'ont pas le droit de figurer activement, peut prendre, dans les limites des statuts, des décisions susceptibles de nuire aux intérêts de ces porteurs.

Nous allons envisager chacune des catégories de décisions possibles. Elles sont relatives aux points suivants :

- 1° Etablissement des comptes. Réserves.
- 2° Amortissements.
- 3° Répartition des bénéfices. Report à nouveau. (Droit de communication des porteurs de parts.)

SECTION I

ÉTABLISSEMENT DES COMPTES — RÉSERVES

Les éléments de l'actif et du passif sont résumés dans le bilan.

L'actif se divise ainsi :

- 1° Immobilisation ou compte de premier établissement, c'est-à-dire les instruments de travail de la Société, les usines, le fonds de commerce, le matériel ;
- 2° L'actif réalisable à terme, c'est-à-dire les matières premières, les marchandises, les prêts à longue échéance ;
- 3° L'actif à court terme, c'est-à-dire les créances exigibles, les effets et valeurs ;
- 4° L'actif disponible, c'est-à-dire les sommes en caisse ou en compte courant ;
- 5° Les comptes à amortir, c'est-à-dire les divers éléments de l'actif qui ne représentent qu'une valeur conventionnelle et aléatoire et qu'il est de bonne administration d'amortir aussi rapidement que possible ; ce sont les frais d'établissement de la Société, les brevets et marques de fabrique, le nom commercial.

Le passif comprend :

- 1° Le passif non exigible, formé du capital social, du montant des obligations, des réserves, du fonds de prévoyance, du fonds d'amortissement et des provisions diverses ;
- 2° Le passif exigible comprend les effets à payer et le montant des comptes des divers créditeurs.

On voit, par ce schéma, l'importance des réserves dans un bilan normal. Or, les réserves diminuent les bénéfices distribuables, et, par suite, la participation des porteurs. La loi du 24 Juillet 1867 (article 36) prescrit qu'il soit fait annuellement sur les bénéfices nets un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve ; la loi exige que ce fonds soit entretenu jusqu'au moment où il aura atteint le dixième du capital social.

Les porteurs de parts ne pourront certainement pas critiquer une décision attribuant à la réserve un chiffre de revenus égal à celui qui est imposé par le législateur. Ils ne seront pas davantage fondés à se plaindre si la réserve, bien que dépassant le maximum légal, n'excède pas le maximum statutaire ; car ils ont accepté le pacte social.

La question est de savoir s'il leur serait permis d'agir dans le cas où une délibération fixerait un chiffre de réserve supérieur au maximum légal ou statutaire.

Certains auteurs (1) semblent admettre d'une façon générale que l'Assemblée peut, dans le silence des statuts, distraire des bénéfices annuels pour la constitution de réserves extraordinaires. La mise en réserve extraordinaire est un acte d'administration parfaitement licite. De plus, dit-on, il s'agit d'une mesure tendant à la prospérité de la Société et qui, par suite, doit s'imposer aux porteurs de parts eux-mêmes.

Nous ne saurions accepter cette manière de voir. La mesure d'administration en question n'a pas un caractère normal. Elle ne peut se justifier que lorsqu'il s'agit de faire face à des aléas spéciaux. Tout va donc dépendre des circonstances.

« L'Assemblée, dit très bien M. Chavegrin (2), ne peut faire échec à la répartition normale des gains, parce que ce serait amoindrir les droits que les porteurs de parts ont en vertu du contrat. Si donc on a prescrit la formation d'une réserve extraordinaire, cette décision ne leur est opposable que quand elle paraît nécessaire pour assurer, dans l'avenir, la marche de l'exploitation et la continuation des bénéfices. En ce cas, les prélèvements constituent des sacrifices nécessaires imposés par la nature de l'entreprise ; ce sont des actes de bonne gestion que les associés ont dû prévoir en traitant ; la répartition des gains, telle qu'elle s'opère après la mise au fonds de réserve, est parfaitement normale. En toute autre hypothèse, le contrat est violé. »

Tout se réduit donc à une question d'opportunité.

Les porteurs de parts ont contracté avec la Société, sur la foi des statuts qui ont fixé leurs tantièmes dans les bénéfices. Si la Société, dans le but de faire face à des besoins encore indéterminés, constitue un fonds de réserve pris sur ces bénéfices, elle manque à ses engagements. Il est cependant permis à la Société, en certaines circonstances, et par mesure de prudence, d'opérer sur les bénéfices des réserves extraordinaires (3).

(1) Wahl : *Journal des Sociétés*, 1900, page 295.

(2) Sirey, note 1889-1-417.

(3) A ce sujet, il est intéressant de lire l'arrêt de la Cour de Paris, du 7 Août 1907, rendu à l'encontre d'un porteur de parts de fondateur de la Banque nationale de Haïti.

C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence.

D'une part, les arrêts ont décidé que les porteurs de parts peuvent demander la nullité de délibérations autorisant des prélèvements non statutaires ou détournant les réserves de l'affectation normale (1).

D'autre part, les Tribunaux ont validé les prélèvements faits sur les bénéfices pour la constitution de réserves extraordinaires, lorsque cette mesure leur a paru dictée par les circonstances et conforme à une prévoyante administration (2).

Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine a fort bien exprimé la distinction que nous venons d'établir et qui est celle de la jurisprudence. Après avoir dit que les actionnaires ont le pouvoir de fixer les prélèvements qu'ils apprécient à l'effet de constituer des réserves, le jugement continue en ces termes :

« Mais, si sages que puissent être ces décisions, ils sont tenus de satisfaire préalablement aux engagements pris et de donner aux porteurs de parts la rémunération promise. Or, la Société ne justifiant pas de faits ni de cir-

Cet arrêt décide qu'une société a le droit de créer une réserve extraordinaire antérieurement constituée par des prélèvements successifs — et ce en vertu d'une autorisation des statuts — et d'en partager le montant entre les actionnaires, sans en faire profiter les porteurs de parts.

(1) Paris, 8 Juin 1901, Journal des Sociétés, 1901-505, Tribunal de Commerce de la Seine, 16 Janvier 1890.

Journal des Sociétés, 1890-530.

Il ne peut appartenir à l'assemblée générale de modifier arbitrairement les avantages concédés aux porteurs de parts par le pacte social.

En conséquence, l'article des statuts qui stipule que nulle critique ne pourra être faite par les porteurs de parts de fondateur et que nulle réclamation ne pourra être formée par eux si aucune somme n'a pu être attribuée aux parts, ne fait pas obstacle au droit des porteurs de parts de poursuivre devant la justice le redressement des comptes, alors que, d'après eux, ces comptes ont été établis contrairement à la lettre et à l'esprit des statuts. (Dans l'espèce, par l'inscription au chapitre : amortissements extraordinaires de sommes constituant des bénéfices distribuables.)

Crédit général français contre Société Acières de France (voir page 43).

(2) Paris, 15 Décembre 1892, Journal des Sociétés, 1894-321.

Tribunal Comm. Seine, 23 Mars 1900, J. des Sociétés 1901, page 351.

constances d'une nature particulière propres à annihiler les bénéfices pour les verser à un fonds social de prévoyance, ces dits bénéfices doivent être mis en distribution conformément aux dispositions des statuts » (1).

La question de savoir dans quels cas les circonstances dictent à une administration prudente la création de réserves extraordinaires est un point de fait à résoudre par les juges des diverses espèces.

SECTION II

AMORTISSEMENTS

Le mot amortissement présente, en matière de Sociétés, deux sens qu'il ne faut pas confondre. Dans une première acception, l'amortissement est le remboursement du capital nominal d'un certain nombre d'actions que l'on affecte périodiquement, lorsque les circonstances le permettent, avec une partie des bénéfices. Ce n'est pas de cette sorte d'amortissement qu'il s'agit ici. Nous voulons parler de l'amortissement du matériel. Les machines d'une Société se détériorent et se déprécient par l'usage ; chaque année, elles perdent de leur valeur primitive. Quand on établit l'inventaire à la fin de chaque exercice, il y a donc lieu de compter le matériel pour une somme toujours décroissante d'année en année. On peut ainsi définir l'amortissement : la constatation de la moins-value de l'actif immobilisé par rapport au chiffre pour lequel il était passé au dernier bilan. D'ailleurs, l'amortissement doit obvier non seulement aux moins-values ou pertes actuelles, mais encore aux moins-values futures ; il se conçoit donc même pour une Société bénéficiant présentement d'une plus-value.

Si la loi exige la formation d'un fonds de réserve, elle n'exige nullement la constitution d'un fonds d'amortissement. Mais les statuts peuvent prescrire, ou seulement permettre, la formation de ce fonds. Sans doute, ils ne déter-

(1) Tribunal Commerce Seine, 5 Mai 1884. Gazette du Palais, 1884-2, Supplément 83.

minent pas le quantum de chaque amortissement annuel. Cette évaluation serait bien malaisée, car comment fixer à l'avance les détériorations du matériel, des immeubles, des richesses mobilières diverses? Une évaluation anticipée, si elle était possible, serait du reste une entrave malheureuse à la gestion sociale. Les statuts se bornent à tracer les directives; ils peuvent même laisser au Conseil d'administration une pleine liberté d'appréciation quant à la fixation des dividendes. Bien plus, l'amortissement étant un acte de prévoyance élémentaire qui s'impose à toute administration et à toute entreprise, le Conseil d'administration aurait le droit de le pratiquer même en l'absence de toute disposition statutaire à ce sujet (1).

On voit, dès lors, le danger qui menace les porteurs de parts du fait du prélèvement annuel qui s'opère, à titre d'amortissement, sur les bénéfices de l'exercice.

Il est à craindre que ces porteurs soient frustrés par des exagérations systématiques destinées à les priver de leurs parts dans les bénéfices annuels.

Toutefois, l'intérêt des actionnaires eux-mêmes contiendra dans certaines limites la possibilité de ces exagérations. Il est évident, en effet, que les actionnaires, venant en concours, dans la répartition des bénéfices, avec les porteurs de parts, réduiraient leur propre dividende par des amortissements excessifs.

La jurisprudence a reconnu aux porteurs de parts le droit de se plaindre des exagérations systématiques pratiquées, en matière d'amortissements, dans le but de les frustrer de leurs droits dans les bénéfices annuels.

Ce droit de critique a été reconnu non seulement aux porteurs originaires, mais encore aux acquéreurs de parts au cours de la Société, alors même que les exagérations avaient été pratiquées dans des bilans antérieurs à leur acquisition, pourvu qu'elles aient persisté depuis (1).

L'évaluation des amortissements, considérée au point de vue du droit des porteurs de parts, a fait l'objet de quel-

(1) Paris, 16 Juillet 1896, *Gazette du Palais* 1896, II, 359.

(2) Tribunal Comm. Seine, 16 Janvier 1890. *Le Droit* du 31 Janvier 1890.

Trib. civ. Seine, 20 Décembre 1894, *J. des Sociétés*, 1895-130.
Paris, 16 Juillet 1894, *J. des Sociétés*, 1896-414.

ques décisions dont l'analyse s'impose. Nous voulons parler des affaires des Aciéries de France, du Laurium et de la Compagnie de Suez.

Les statuts de la *Société des Aciéries de France* portaient que les bénéficiaires de parts ne pourraient élever aucune critique s'il ne leur était rien attribué dans les bénéfices. Le Tribunal de Commerce de la Seine (1) a néanmoins décidé que les porteurs ont le droit de poursuivre devant la justice le redressement des comptes, si ces derniers ont été établis contrairement à la lettre et à l'esprit des statuts.

Le Conseil d'administration des Aciéries de France avait porté au chapitre « Amortissements extraordinaires » des divers bilans, des sommes constituant, au dire des porteurs de parts, des bénéfices distribuables. Ni les écritures produites au procès, ni les explications fournies à la barre n'indiquaient à quelle partie de l'actif s'appliquaient ces amortissements extraordinaires. Le Tribunal rappelle que les sommes portées à la rubrique « amortissements » ne peuvent être affectées au paiement des dépenses, telles qu'acquisition d'usines, amélioration du matériel, remboursement de sommes dues à des tiers. Empruntant à M^e du Buit une heureuse définition, le jugement dit que l'amortissement est « la constatation de la moins-value de l'actif immobilisé par rapport au chiffre pour lequel il était passé au dernier bilan ». Il en résulte que l'amortissement doit être spécial à une partie déterminée de l'actif. Et, en conséquence, le Tribunal ordonne une instruction aux fins de connaître les affectations des sommes comprises sous la rubrique « Amortissements extraordinaires ».

Dans l'affaire des mines du Laurium, chaque catégorie de valeurs figurait au bilan de la Société pour la somme conventionnelle de un franc. Matériel, outillage, immeubles, mines étaient estimés un franc. Les porteurs s'émurent d'une manœuvre de comptabilité qui ne tendait à rien moins qu'à faire évanouir de l'inventaire des éléments de l'actif ayant une valeur très importante. Ils agirent en justice.

(1) Trib. Comm. Seine, 16 Janvier 1890.
(Le Droit, 31 Janvier 90.)
J. des Sociétés, 1890-530.

Le Tribunal civil de la Seine, le 20 Décembre 1894 (1) reconnu d'abord la légitimité de cette action. Il ne peut appartenir ni au Conseil d'administration, ni aux Assemblées générales, décide-t-il, de réduire, soit directement, soit indirectement, les avantages consentis par le pacte social aux porteurs de parts de fondateur.

Si l'article 36 de la loi du 24 Juillet 1867 prescrit qu'il soit fait annuellement sur les bénéfices nets un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve, il n'exige pas la constitution d'un fonds d'amortissement. Les statuts peuvent assurément prescrire ou permettre la formation de ce fonds, mais l'Assemblée générale ne peut, à défaut de clauses particulières et expresses du pacte social, qui l'y autorisent, ou de l'avis unanime de tous les intéressés, actionnaires et porteurs de parts appelés à la répartition des bénéfices, établir ce prélèvement sur les bénéfices distribuables.

L'Assemblée générale des actionnaires ne peut amortir la valeur des mines et concessions de la Société si le pacte social ne lui en a pas donné le droit.

Enfin, si l'Assemblée générale a fait sur la valeur des immeubles, matériel et marchandises des amortissements exagérés, il appartient aux tribunaux, sur la demande des porteurs de parts de fondateur, de faire déterminer par une expertise dans quelle proportion ces amortissements ont été exagérés.

Puis, le Tribunal, trouvant excessif l'amortissement tel qu'il était porté au bilan, admet les porteurs à demander la répartition immédiate des bénéfices indûment soustraits à la distribution.

La Cour de Paris infirma ce jugement par arrêt du 16 Juillet 1896 (2). La Cour déclara recevable la demande des porteurs. « Considérant, dit-elle, que les intéressés, en leur qualité de porteurs de parts de fondateur, ne sauraient, en principe, critiquer les délibérations de l'Assemblée générale, dont ils reconnaissent et proclament la parfaite régularité, sans s'immiscer, ce qui leur est formellement interdit, dans l'administration de la Société ;

(1) J. des Sociétés, 1895, page 130.

(2) Gazette du Palais, 1896-2-359 et Journal des Sociétés, 1896 page 414. — Sirey, 1898 II, p. 90.

mais qu'ils soutiennent, pour éluder les conséquences de ces délibérations, qu'elles ont été prises en violation des statuts ; qu'à ce titre leur demande ne peut être écartée par la fin de non-recevoir qui leur est opposée. »

Mais, au fond, la Cour repousse la prétention des porteurs pour les motifs suivants :

« Considérant que les intéressés n'invoquent pas, à l'appui de leur demande, un prétendu caractère anti-statutaire des prélèvements opérés sur les autres objets de la Société, mais uniquement leur exagération ; que cette prétention est en contradiction flagrante avec les dispositions mêmes de l'article 40 des statuts qui sont la loi des porteurs de parts de fondateur, et qui déclarent expressément que le Conseil d'administration est seul juge des dépréciations survenues, entre chaque inventaire, aux immeubles, usines, outillage industriel et marchandises de la Société ;

« Considérant enfin, qu'il n'est point inutile de rappeler que les intimés n'allèguent pas que les prélèvements qu'ils critiquent aient été frauduleusement effectués en fraude de leurs droits ; qu'ils en reconnaissent, au contraire, la parfaite prudence et la plus entière prévoyance au point de vue des intérêts bien compris de la Société ; mais qu'ils soutiennent que, ne devant point être admis, dans le silence des statuts, à partager, en fin de Société, le montant des prélèvements qu'ils critiquent avec les actionnaires, ils ne peuvent actuellement le subir ; qu'en l'admettant, ce qui est loin d'être démontré et contraire aux déclarations faites dans les plaidoiries au nom de la Société et aux affirmations faites par le Conseil aux actionnaires réunis en Assemblée générale, il n'en faudrait pas moins conclure que les porteurs de parts de fondateur, qu'ils soient les actionnaires primitifs d'actions de numéraire, entre lesquels les parts ont été réparties à titre de supplément de dividende, ou qu'ils ne soient que de simples cessionnaires, ne peuvent être accueillis dans leur demande ; qu'en effet, parties aux statuts, par eux ou leurs auteurs, ils se sont engagés à les respecter et à s'y conformer, et, par suite, à ne prétendre aux 12 0/0 à eux alloués que sur les produits nets fixés, après tous prélèvements effectués, par les Assemblées générales régulières.

ment constituées, et délibérant dans leur souveraineté, sur les propositions du Conseil d'administration auquel seul appartient, avec les pouvoirs les plus étendus, la gestion des affaires de la Société. »

Cet arrêt rappelle certaines observations. La Cour n'admet pas que le seul caractère excessif et préjudiciable de l'amortissement permette aux porteurs d'attaquer la décision de l'Assemblée générale ; elle exige, en outre, que cette décision soit frauduleuse ou contraire aux statuts. La réserve légale étant, dans l'espèce, de 5 0/0 au minimum, et le maximum n'étant pas indiqué dans les statuts, la Cour admet qu'on puisse faire passer tout ce qu'on voudra au compte amortissement. Une semblable manière de voir a pour conséquence de réduire exagérément ou même de supprimer les droits des porteurs. Une exagération, même non fautive, dans les amortissements, peut, à notre sens, être attaquée par les porteurs. La Cour a surtout été impressionnée par cette circonstance qu'aux yeux des porteurs eux-mêmes l'amortissement ne dépassait pas les limites de la prévoyance. Il y a là une question de fait que la Cour seule était en mesure de trancher.

L'amortissement des emprunts faits par la *Compagnie de Suez* donna lieu également à un litige. Aux termes des statuts, tous les produits annuels de l'entreprise, et, par conséquent, les revenus délégués par le Khédive, étant grevés d'un prélèvement destiné à payer, entre autres charges, l'intérêt et l'amortissement des emprunts qui pourraient être contractés par la Compagnie.

Les porteurs de délégations (parts bénéficiaires) soutenaient que l'amortissement aurait dû être réparti sur la durée toute entière de la Société ; ils disaient que les Assemblées générales avaient abusé de leur droit en prenant un ensemble de mesures arbitraires tendant à faire échec à la répartition normale des gains et à charger le présent en dégrevant l'avenir ; qu'en conséquence ils avaient été privés indûment d'une partie des bénéfices auxquels leur contrat leur donnait droit.

Le Tribunal civil de la Seine statua, le 29 Avril 1897, dans les termes suivants : (1).

(1) J. des Sociétés, 1897-457.

« Attendu que leur action est recevable ; qu'en vain la Compagnie soutiendrait-elle que les délégataires, n'ayant pas eu le droit d'assister aux Assemblées générales, ne peuvent critiquer ces Assemblées qui ont approuvé les bilans et fixé le chiffre des amortissements. Qu'on ne peut, en effet, juridiquement prétendre que les Assemblées générales soient omnipotentes et que leurs décisions s'imposent aux délégataires, alors même qu'elles violeraient manifestement ou dénatureraient les dispositions du pacte social ; que les délégataires ont, sans doute, accepté que les amortissements soient réglés par les Assemblées générales ; mais qu'ils n'y ont consenti qu'à la condition, nécessairement sous-entendue et de bonne foi, comme dans tous les contrats, que la fixation ne saurait être faite que conformément aux stipulations du contrat et aux usages de la matière, et qu'elle ne dissimulerait pas abusivement, sous couleur des prélèvements autorisés, la constitution arbitraire de réserves anti-statutaires, n'ayant d'autre but que de soustraire des gains acquis et distribuables à la répartition normale des bénéfices...

« Mais, attendu qu'on ne saurait sérieusement prétendre que l'amortissement doit durer autant que la Société elle-même ; qu'une telle règle est aussi contraire aux principes généraux de la matière qu'aux usages constamment pratiqués par la Compagnie de Suez ;... qu'une administration avisée et prudente devait, plus encore en l'espèce qu'en toute autre, tenir compte des aléas de toute sorte qui pourraient se produire, aussi bien que du caractère même de l'œuvre vouée, par sa nature et par les progrès de la science, à d'intéressantes transformations ; que, bien loin de chercher à prolonger la durée des amortissements, la Compagnie a dû tendre à la restreindre dans toute la limite du possible, et qu'il n'y a pas eu d'excès à la fixer ainsi que cela a été fait. »

Ainsi donc, le Tribunal repousse, dans les circonstances de l'espèce, la prétention des porteurs de parts suivant laquelle l'amortissement aurait dû être réparti sur toute la durée de la Société, mais il consacre, en principe, le droit pour les porteurs de parts d'attaquer une décision de l'Assemblée qui, sous prétexte d'amortissement, chercherait à les priver de la fraction de bénéfices à laquelle ils ont droit.

SECTION III

**RÉPARTITION DES BÉNÉFICES — REPORT A NOUVEAU
DROIT DE COMMUNICATION AUX PORTEURS**

Lorsque les divers prélèvements ont été opérés, il s'agit de procéder à la répartition des bénéfices. Les actions touchent 85 0/0 par exemple et les parts 15 0/0. Les bénéfices sur lesquels les porteurs ont un droit sont les produits de l'exercice, déduction faite des frais généraux et des charges incombant annuellement à la Société. Il en résulte que les bénéfices de l'année ne sont pas toujours et nécessairement distribuables. Avant qu'il soit question d'une distribution de bénéfices, il faut non seulement que ceux-ci aient subi certains prélèvements, mais encore que le capital social soit intact et n'ait pas besoin d'être reconstitué. C'est seulement lorsque ces conditions sont réunies, que les porteurs peuvent exercer leur créance de participation.

Or, des difficultés se produisent au sujet de la reconstitution du capital. Les porteurs, voyant leur participation amoindrie de ce chef, contestent que le capital ait été entamé et soutiennent qu'il y a lieu à une répartition des bénéfices.

Il se pose alors une question de fait qu'il appartiendra aux tribunaux de trancher.

Le Tribunal de Commerce de la Seine a statué, le 14 Janvier 1893, dans une espèce très intéressante où il s'agissait de la constitution d'un fonds de prévoyance destiné à parer à la diminution de l'actif social par suite de la variation du change (1).

Une Société constituée en France, la *Banque Nationale de Saint-Dominique*, avait dû convertir son capital en piastres mexicaines en vue de ses opérations au Mexique. Le change de monnaie fut effectué en 1890, au taux de 4 fr. 278 par piastre. Mais, à la fin de l'exercice suivant, le cours

(1) Journal des Sociétés, 1893, p. 394.

du change de la piastre était notablement inférieur à ce taux. Par mesure de prudence, l'Assemblée générale décida, sur la proposition du Conseil d'administration, qu'il serait prélevé au cours de plusieurs exercices une somme de 320.000 francs, destinée à faire face à cette dépréciation du cours, et dénommée « réserve pour change ».

Or, lors de la constitution de la Société, il avait été créé 8.000 actions de 500 francs et 10.000 parts de fondateur auxquelles il avait été attribué 50 0/0 des bénéfices nets réalisés.*

L'un de ces porteurs critiqua la mesure de prévoyance en question et prétendit que, si d'après les statuts, l'Assemblée générale avait le droit de constituer des réserves extraordinaires, elle ne pouvait le faire qu'au moyen de prélèvements sur les 50 0/0 revenant aux actions et non sur les 50 0/0 revenant aux parts de fondateur.

Le Tribunal répondit en ces termes :

« Attendu qu'il est constant que le Conseil d'administration ne pouvait considérer comme constituant des bénéfices nets et distribuables l'excédent des recettes, déduction faite des charges sociales, qu'autant que le capital social eut été intact : ce qui n'est pas le cas, puisque ce capital, converti en piastres mexicaines, se modifie nécessairement suivant les variations du cours du change de cette valeur, laquelle avait subi une forte dépréciation; qu'il s'ensuit que l'actif social était, à ce moment, diminué dans la proportion de la différence du taux de la valeur qui le compose, et que, par suite, les bénéfices réalisés pendant cet exercice n'étant qu'apparents, le Conseil d'administration n'aurait pu en proposer la distribution, aussi bien aux porteurs de parts qu'aux actionnaires, qu'en s'attirant le reproche d'avoir distribué des dividendes fictifs ;

« Attendu, au surplus, que la somme ainsi prélevée n'a nullement été portée, comme le prétend le demandeur, au fonds de prévoyance prévu par les statuts, lequel reste la propriété exclusive des actionnaires, mais constitue un fonds spécialement destiné à compenser la diminution momentanée du capital social, par suite de l'abaissement de la piastre mexicaine ; qu'ainsi les porteurs de parts n'ont nullement été lésés au profit des actionnaires par

la décision critiquée, qui a été prise par l'Assemblée générale dans la plénitude de ses droits. »

Au contraire, nous le verrons, les porteurs de parts, ont, dans le silence des statuts, le droit de critiquer les décisions de l'Assemblée portant création de réserves extraordinaires destinées à effectuer le rachat de ces parts.

Report à nouveau

Une autre question se présente dans le domaine de la répartition des bénéfices. Il s'agit du report de bénéfices à un exercice ultérieur.

Afin d'égaliser les dividendes à toucher lors de chaque exercice et de payer à chaque actionnaire une somme ronde, la Société reporte à l'exercice suivant une certaine somme prise sur les bénéfices.

Cette mesure peut préjudicier aux porteurs de parts, qui sont admis à la critiquer, si elle est inconsiderée ou excessive. Leur droit devra être admis ici dans la même mesure qu'en matière de réserves et d'amortissements (1).

Enfin il faut supposer qu'il y ait eu distribution de dividendes fictifs, et, pour employer une expression qui s'applique à la fois aux actionnaires et aux porteurs de parts, distribution de bénéfices fictifs. Ce fait est un délit prévu par la loi de 1867. Si les porteurs ont touché un tantième des bénéfices fictifs, doivent-ils le restituer ?

L'article 10 de la loi de 1867 dispose qu'aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire.

Ce texte est-il applicable aux porteurs ? Evidemment non, puisque les porteurs ne sont pas des actionnaires. Il

(1) Trib. Comm. Seine. 21 Novembre 1892. Journal des Sociétés, 1893-129.

Il a été jugé ici que l'assemblée générale des actionnaires ne peut, après avoir voté la répartition aux actionnaires d'un premier dividende, décider le report de l'excédent des bénéfices à l'exercice suivant, et les porteurs de parts sont en droit d'exiger leur quote part des bénéfices déclarés disponibles par l'assemblée.

faut cependant admettre pour ceux-ci une solution semblable à celle de l'article 10. En effet, ne prenant pas part aux Assemblées générales, ils ne sauraient être déclarés responsables du vote des bénéfices fictifs. Ils sont toujours de bonne foi et ils ne doivent pas, par suite, être soumis à la répétition.

Répartition des bénéfices

Il faut maintenant envisager la question à un point de vue général et se demander quels sont les pouvoirs de l'Assemblée générale quant à la répartition des bénéfices revenant aux porteurs de parts de fondateur.

L'Assemblée Générale n'a pas le pouvoir de réduire ou d'anéantir la fraction revenant aux parts dans les bénéfices.

La Cour de Cassation a apporté à cette règle une restriction.

Elle a décidé, par un arrêt du 13 Juin 1898 (1), que les statuts d'une Société, en instituant les parts de fondateurs, ont « établi entre les porteurs de ces parts et les actionnaires un *lien contractuel*, à raison duquel l'Assemblée Générale de ceux-ci, tout en étant maîtresse de « voter une dissolution anticipée, n'a pu le faire sans engager la responsabilité sociale envers les porteurs de parts, à moins que cette résolution ne lui fût imposée par des circonstances dont il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement le caractère et la gravité. »

Ce principe a été formulé à nouveau et avec plus de précision par un arrêt du 8 Décembre 1902 (2).

« Attendu que dans les Sociétés par actions dont les statuts ont créé des parts de fondateurs attributives d'une participation aux bénéfices pendant la durée de l'exploitation, sans aucun droit, ou du moins sans la même vocation que celle des actionnaires sur le capital qui ressortira de la liquidation finale, il en résulte

(1) J. des Sociétés, 1899-151.

(2) J. des Sociétés, 1903-295 et la note Lecouturier. Sirey, 1904-1-459 et la note Wahl.

« entre les porteurs de ces titres et les actionnaires un
« lien contractuel en vertu duquel les Assemblées géné-
« rales, de quelque pouvoir qu'elles soient investies pour
« la gestion des affaires sociales, ne peuvent y faire ren-
« trer aucune combinaison tendant à frustrer la première
« catégorie de ces intéressés au profit de la seconde, à
« moins que les mesures adoptées ne soient imposées par
« des circonstances dont il appartient aux tribunaux
« d'apprécier souverainement la gravité. »

Dans l'espèce, les statuts permettaient à l'Assemblée Générale de décider la création de réserves spéciales. Une Assemblée avait en conséquence décidé qu'une partie des bénéfices serait affectée à la création d'un fonds de réserve pour le rachat de gré à gré des parts de fondateurs.

La Cour de Paris avait décidé que les réserves devaient avoir un caractère d'utilité commun entre les porteurs de parts et les actionnaires, c'est-à-dire tendre au développement de l'entreprise, et qu'il n'y avait pas lieu de reconnaître ce caractère à la création d'un fonds de réserve pour le rachat des parts de fondateur.

Dans ces conditions, il était manifeste en effet que les actionnaires agissaient dans leur intérêt personnel et les porteurs de parts en éprouvaient un préjudice à un double point de vue. Ils étaient privés d'une quatre-part des bénéfices que les statuts leur attribuaient et leurs titres perdaient une partie de leur valeur puisque la Société les eut rachetés d'autant moins cher que les bénéfices annuels de ces parts auraient été plus réduits.

Le même principe a été consacré à nouveau par deux arrêts de la Cour de Cassation du 29 Mars 1909 (1).

« Attendu que, dans les Sociétés mutuelles comme dans
« les Sociétés par actions dont les statuts ont été créés
« des parts de fondateur, les bénéficiaires de ces parts ou
« leurs ayants-droit, se trouvent unis à ces Sociétés par
« un lien contractuel, et restent ainsi soumis aux néces-
« sités financières qu'impose la situation, sans pouvoir se
« soustraire aux mesures prises par les Assemblées géné-

(1) J. des Sociétés, 1909-342 et la note Lecouturier.
Sirey, 1910-2-24.

« rales, à la condition toutefois qu'elles aient été prises
« dans la limite des pouvoirs desdites Assemblées et dans
« un intérêt commun. »

Il y a lieu de remarquer que les deux arrêts de 1909 introduisent la notion de l'intérêt commun qui doit guider les décisions des Assemblées générales.

Enfin, un arrêt de la Cour de Besançon de février 1914 (1), après avoir posé le principe qu'un porteur de parts de fondateur est recevable à demander la nullité de la délibération prise par une Assemblée générale d'actionnaires et qui porte atteinte à ses droits, quant à la répartition des bénéfices, tels qu'ils sont définis par les statuts, a considéré comme étant de nature à porter atteinte aux droits des porteurs de parts et devant être annulée à la requête de ces derniers, la délibération par laquelle l'Assemblée générale : 1° alloue une part bénéficiaire de 8 0/0 au directeur avant tous prélèvements et amortissements; 2° autorise le prélèvement, au même rang que la réserve légale, des tantièmes du Conseil d'administration qui devaient venir en concurrence avec la part bénéficiaire des parts de fondateur; 3° et élève de 5 à 10 0/0 le fonds de réserve extraordinaire. Elle a ajouté que si l'Assemblée avait le pouvoir de faire une telle modification, elle ne serait valable que si elle était imposée par des circonstances exceptionnellement graves qui devaient être relevées.

Du principe qui nous paraît se dégager de l'ensemble de la jurisprudence, découlent pour nous les conséquences suivantes : 1° l'Assemblée générale des actionnaires a le droit de décider la réduction de la fraction de bénéfices attribuée aux parts de fondateur, si cette mesure a été prise dans l'intérêt commun des actionnaires et des porteurs de parts et imposée par les circonstances; 2° il lui est même permis d'étendre les droits des porteurs de parts en prononçant la dissolution anticipée de la Société, sans que ces porteurs puissent réclamer des dommages-intérêts à la Société, si cette dissolution (fut-elle décidée dans l'intérêt exclusif des actionnaires) est justifiée et rendue nécessaire par la situation de la Société.

(1) Journal des Sociétés, 1914-447.

Droit de communication

En pratique, la détermination du quantum de bénéfices distribuables résulte de la confection de l'inventaire et de l'établissement du bilan. L'Assemblée générale décide en se conformant aux statuts.

Si les comptes en vertu desquels les porteurs de parts doivent toucher leur participation leur paraissent suspects, il n'est pas douteux qu'ils peuvent agir en redressement. Cette action ne leur serait fermée que s'ils avaient ratifié les comptes en touchant le tantième de bénéfices mis à leur disposition.

Lorsqu'ils agissent en redressement de comptes, les porteurs doivent indiquer, dans leurs conclusions, les éléments précis de comptes qu'ils prétendent abusifs ou frauduleux (1).

Mais nous voyons ici se présenter une difficulté, résultant de ce que les porteurs de parts ne peuvent s'immiscer dans la gestion sociale.

Pour être renseignés sur le montant des bénéfices et pour savoir si la fixation en a été faite convenablement, ils doivent prendre connaissance des documents sociaux.

Les actionnaires ont tous les ans, pendant une période de quinze jours, à leur disposition les pièces suivantes : l'inventaire, la liste des actionnaires, le bilan et le rapport des commissaires. Ainsi les actionnaires peuvent se documenter.

Mais les porteurs de parts ne sont pas actionnaires. Par quels moyens vont-ils, le cas échéant, se renseigner ? Ont-ils seulement le droit à la communication personnelle des documents sociaux ? Ont-ils seulement droit à la vérification judiciaire des documents sociaux ?

Nous avons montré, en étudiant la nature juridique de la part, que les porteurs ont contre la Société une créance de participation aux bénéfices. Leur situation est juridiquement semblable à celle des ouvriers ou employés admis à participer aux bénéfices du patron. Or, la Cour de

(1) Trib. civ. Seine, 27 Avril 1897. J. des Soc. 1897-444.
Paris, 8 Juin 1901, J. des Sociétés, 1901-505.

Cassation refuse à ces derniers participants la communication des livres (1).

D'une façon générale d'ailleurs, un créancier n'a pas le droit de compulsier les livres de son débiteur. L'obligataire notamment, ne peut exiger la communication.

Telle devrait être aussi, semble-t-il, la situation du porteur de parts, qui est un simple créancier. Il lui serait donc seulement permis de demander au Tribunal la communication des documents sociaux à des arbitres chargés de vérifier le chiffre des bénéfices.

Cependant il est permis de se montrer plus libéral envers les porteurs de parts. On peut fonder le droit de communication, non pas sur la loi de 1867, puisqu'ils ne sont pas actionnaires, mais sur l'action en reddition de comptes qu'ils exercent (2). Le Tribunal saisi de leur action décidera quelles pièces doivent leur être communiquées.

Cette doctrine est défendable. La rémunération du porteur de parts est proportionnelle aux revenus de l'entreprise : c'est un créancier de bénéfices éventuels. Ne doit-il pas, pour ce motif, posséder des garanties plus étendues qu'un obligataire dont le revenu fixe ne dépend pas du résultat des affaires sociales ? La fraude dans la détermination des bénéfices engendre des conséquences très graves pour le porteur de parts ; elle peut même aboutir pratiquement à la suppression complète de son droit. Aussi est-il possible de lui accorder, sans méconnaître aucun principe, une condition plus favorable qu'au créancier de revenus fixes.

(1) Cassation, 26 Déc. 1866. Sirey, 1867-I-303.

(2) Genevois, page 172.

CHAPITRE IV

DÉCISIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE ET DROITS DES PORTEURS DE PARTS A L'ÉGARD DE CELLES-CI

Nous venons d'étudier les décisions que l'Assemblée générale ordinaire, celle de l'article 27 de la loi du 24 Juillet 1867, peut prendre relativement aux droits des actionnaires et des porteurs de parts.

A côté de l'Assemblée générale ordinaire, la loi de 1867 et la loi du 22 Novembre 1913 ont prévu et réglementé une seconde Assemblée, que le langage courant appelle Assemblée générale extraordinaire, dont les pouvoirs vont jusqu'aux modifications des statuts de la Société.

Avant la loi du 22 Novembre 1913, l'Assemblée générale extraordinaire avait le droit d'apporter aux statuts les seules modifications prévues par les clauses spéciales de ceux-ci. Les principales étaient la dissolution avant terme de la Société, sa prorogation, l'augmentation ou la réduction du capital social, la fusion, la modification de l'objet ou la forme de la Société.

A défaut de l'autorisation des statuts de procéder à leur modification, celle-ci ne pouvait avoir lieu que du consentement unanime des associés, si elle touchait aux bases

essentielles du contrat (1). Mais l'Assemblée ordinaire pouvait modifier valablement les clauses secondaires du pacte social (2).

C'est pour éviter ces distinctions difficiles entre les clauses essentielles du contrat et celles qui ne sont que secondaires que le législateur a voté la loi du 22 Novembre 1913.

La loi du 22 Novembre 1913, en modifiant principalement l'article 31 de la loi du 24 Juillet 1867, décide que désormais l'Assemblée générale, délibérant conformément à certaines prescriptions, peut, à moins de clauses contraires des statuts, modifier ceux-ci dans toutes leurs dispositions. Il en résulte que le droit de modifier le contrat social aux conditions spécifiées par la loi est dévolu, d'une façon absolue, aux Assemblées générales, même dans le silence des statuts ; seule une clause contraire et formelle de ceux-ci peut les en priver. La loi précise toutefois que l'Assemblée ne peut changer la nationalité de la Société ni augmenter les engagements des actionnaires. Ces modifications, en effet, portent une atteinte trop grave aux bases essentielles du pacte social pour que l'on permette à une simple majorité de les décider. L'unanimité des actionnaires serait nécessaire pour de semblables modifications.

Cette loi, qui élargit notablement les pouvoirs des Assemblées générales extraordinaires, ne change guère la situation des porteurs de parts. Il faut, ici, distinguer le droit pour les porteurs de demander la nullité d'une délibération irrégulièrement prise et leur droit d'intenter une action en dommages-intérêts contre une décision parfaitement régulière (3).

En ce qui concerne le premier point, les porteurs auraient eu, avant la loi de 1913, le droit de demander la nullité d'une délibération modifiant, dans le silence des

(1) Cassation 28 Décembre 1897 Dalloz. 98-I-539.

(2) Cassation 13 Décembre 1910 Sirey, 1912-I-254.

Cassation 22 Janvier, 1912, Sirey. 1913-I-209.

(3) Sur cette matière, voir l'article de M. Bouvier-Bangillon, dans « les lois nouvelles » (1914, pages 141 et 161) « La loi du 22 Novembre 1913, portant modification de l'article 34 du Code de Commerce et des articles 27 et 31 de la loi du 24 Juillet 1867. »

statuts et à la majorité, une clause essentielle du pacte social : par exemple, une délibération prononçant la dissolution anticipée. Ce droit n'appartient plus aux porteurs sous l'empire de la législation nouvelle, puisque celle-ci a précisé et accru les pouvoirs de l'Assemblée.

Mais, même régulièrement prise, une délibération, rentrant dans les pouvoirs légalement attribués à l'Assemblée, peut causer un préjudice aux porteurs ; elle peut intervenir en fraude de leurs droits ou, simplement, elle peut manquer de loyauté et constituer un abus à leur égard. Dans quelle mesure les porteurs auront-ils alors le droit de la critiquer et d'être indemnisés pour le préjudice qu'elle leur cause ?

Le conflit entre les porteurs et les actionnaires se manifestera à propos des décisions suivantes de l'Assemblée générale extraordinaire :

- 1° Les modifications aux statuts.
- 2° Le rachat des parts de fondateur.
- 3° L'augmentation ou la diminution du capital social.
- 4° La dissolution anticipée ou la prorogation de la Société.

Nous allons passer en revue ces diverses hypothèses.

SECTION I.

MODIFICATION AUX STATUTS

Cette matière soulève deux questions :

1° Les avantages attribués aux parts de fondateur par les statuts peuvent-ils être modifiés à leur détriment par l'Assemblée générale, sans le consentement de tous les associés ?

2° Dans la mesure où la première question sera résolue par l'affirmative, la loi de 1913 peut-elle être appliquée aux Sociétés constituées antérieurement ?

L'Assemblée générale extraordinaire délibérant conformément aux prescriptions de la loi nouvelle, a incontestablement le droit de modifier les statuts, même dans leurs

clauses essentielles. Cette délibération, si elle modifie les avantages des parts bénéficiaires, s'imposera donc, en la forme, aux porteurs de ces parts. Mais, si une telle délibération leur préjudicie, ne pourraient-ils pas agir en dommages-intérêts ?

Il faut répondre affirmativement. Les porteurs sont des créanciers de la Société. Ils ont traité avec elle sur la foi du pacte social qui fait la loi entre eux et les actionnaires. Etant exclus de la gestion sociale et ne prenant pas part aux délibérations de l'Assemblée, la modification des statuts à leur détriment ne peut être obligatoire pour eux que s'ils y ont consenti.

Tel est le principe reconnu en doctrine et en jurisprudence. Il n'en serait autrement que si la modification des droits des porteurs était rendue nécessaire par la situation de la Société et était effectuée dans l'intérêt commun des porteurs et des actionnaires (1).

Les Tribunaux auront à apprécier, dans les espèces qui leur seront soumises, la valeur et l'opportunité des délibérations modifiant le pacte social ; ils rechercheront si ces délibérations sont justifiées par les circonstances, par la marche des affaires sociales, si elles sont prises dans l'intérêt de la prospérité de l'entreprise et, par suite, des porteurs de parts eux-mêmes, ou si, au contraire, elles ne sont prises que dans le dessein des actionnaires de frauder les porteurs ou de diminuer arbitrairement leurs obligations envers eux.

Mais une seconde question se pose. Une délibération de l'Assemblée générale, prise avant la loi du 22 Novembre 1913 ne bénéficie pas de cette loi. D'autre part, cette loi s'applique-t-elle aux Sociétés antérieurement constituées ? Cette question de rétroactivité s'est présentée, précisément à l'occasion des parts de fondateur, devant le Tribunal de Toulouse.

(1) V. Houpin. *Traité des Soc.* 5^e édition, N^o 457 et des *J. des S.*, 1916, pages 57 et suivantes.

Cassation, 29 mars 1909. *J. des S.* 1909-342 et note Lecourtier.

Bordeaux, 14 Octobre 1912 et Besançon, 4 Février 1914. *Journal des Sociétés*, 1914, pages 262 et 447.

S., 1910-I.-241 et note Wahl.

La Société d'assurances mutuelles *L'Union Nationale Agricole*, avait créé des parts de fondateur (1).

Or, l'Assemblée générale de 1907 avait modifié les statuts en ce sens que, pour les parts de fondateur, l'attribution de 4 0/0 des encaissements nets avait été remplacée par l'attribution de 10 0/0 sur le montant total des bénéfices de chaque exercice.

Le Tribunal civil de Toulouse a décidé que la loi de 1913 ne saurait être appliquée à cette Société constituée antérieurement à cette loi ni surtout aux délibérations prises avant cette loi.

« Attendu que sans doute, la loi du 22 Novembre 1913 est venue décider dans son article premier qu'à moins de dispositions contraires dans les statuts, l'Assemblée générale, régulièrement constituée, peut modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, sauf dans les deux exceptions prévues par la dite loi ; mais, attendu que cette loi ne saurait être appliquée aux Sociétés constituées antérieurement ; que quelque soit le langage des rapporteurs de la loi au cours de sa discussion, leurs paroles ne sauraient prévaloir contre le texte ; qu'il pourrait simplement servir à interpréter ce dernier s'il était douteux ; mais que le doute à son égard n'est pas permis ; que l'article 4, en effet, limite de façon précise et nette le champ de la rétroactivité qu'il édicte, et que, dès lors, on ne peut arbitrairement étendre son effet en dehors des bornes qu'il a lui-même posées ; qu'il faut, au contraire, en revenir au droit commun, c'est-à-dire au principe de la non-rétroactivité des lois et déclarer qu'en l'espèce, la délibération litigieuse étant antérieure à la loi du 22 Novembre n'a pas été affectée par celle-ci (2) .»

En conséquence, le Tribunal décide que les parts de fondateur, aliénées ou non aliénées, ont conservé intacts au regard des porteurs, nonobstant toute décision contraire de l'Assemblée générale de l'Union Nationale Agri-

(1) Le possibilité de la création de parts de fondateur dans les Sociétés d'assurances mutuelles a été admise par la Cour de Cassation dans son arrêt du 29 Mars 1909.

Journal des Sociétés, 1909.

(2) Tribunal civil de Toulouse, 8 Juillet 1914. Journal des Sociétés, 1917, page 208.

cole, en date du 28 Avril 1907, les droits qui leur ont été reconnus par les statuts. Pour les années 1907, 1908, 1909, 1910, 1911, et 1912, les porteurs ont donc droit au tantième des bénéfices statutairement fixé à l'origine.

Nous enregistrons donc les solutions suivantes.

Le nouvel article 31 ne s'applique aux Sociétés constituées antérieurement à la loi de 1913 qu'en ce qui concerne le paragraphe 4 relatif au quorum et à la majorité des Assemblées générales extraordinaires réunies pour statuer sur des modifications statutaires autres que celles touchant à la forme ou à l'objet de la Société et non en ce qui concerne le paragraphe premier relatif aux pouvoirs de l'Assemblée générale (1).

En tout cas, le nouvel article 31 ne saurait s'appliquer à une délibération prise par l'Assemblée générale avant la loi de 1913.

D'ailleurs, l'article 31 ne s'applique qu'aux Sociétés par actions régies par la loi de 1867 et non aux Sociétés d'assurances mutuelles exclusivement régies par le décret du 22 Janvier 1868 (2).

La question des rapports des actionnaires et des porteurs a été prévue et réglée, en ce qui concerne les modifications aux statuts, par l'article 25 du projet du 4 Juillet 1903. D'après ce texte, les modifications statutaires ne seraient valables, au regard des porteurs, qu'autant que l'Assemblée générale des porteurs approuverait les modifications dont il s'agit. « L'Assemblée, ajoute l'article 25, ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre des porteurs représentant les deux tiers au moins des voix des membres présents ou représentés. » Si ce système était pratiqué, les modifications aux statuts, approuvés par les porteurs organisés en Assemblée, s'imposeraient à eux. Et toute difficulté de ce chef serait supprimée.

(1) Houpin. J. des Sociétés. 1914, p. 241

(2) Cassation, 11 Novembre 1913, J. des Sociétés, 1917, p. 16.

SECTION II

RACHAT DES PARTS DE FONDATEUR

L'existence des parts bénéficiaires peut devenir pour la Société une cause de gêne sérieuse.

C'est ainsi qu'une Société dont les statuts ont créé des parts de fondateur avec possibilité pour les porteurs de ces parts de souscrire au pair les actions en cas d'augmentation de capital peut être gênée pour procéder, dans ces conditions, à une augmentation de capital si elle veut procéder à une émission d'actions avec prime.

La même gêne va se produire pour la Société, qui désire se dissoudre avant son terme statutaire ou fusionner avec une autre Société ou bien encore faire apport de son actif. Les porteurs de parts empêcheront bien souvent de semblables opérations de se réaliser.

Aussi le rachat de ces parts peut-il être une mesure fort opportune.

Parfois, la faculté de rachat est insérée dans les statuts qui ont pris soin de prévoir, à cet effet, la formation d'une réserve spéciale dont les conditions sont déterminées.

Quelquefois les statuts se bornent à autoriser le rachat, sans en fixer les conditions. La création d'une réserve spéciale est alors un moyen normal d'appliquer la disposition statutaire dont s'agit. Ayant accepté le pacte social, les porteurs ne pourraient critiquer la constitution de la réserve. Mais il serait de la plus élémentaire équité que cette réserve ne fut alimentée qu'avec des prélèvements effectués sur les dividendes des actionnaires. S'il était prélevé quelque chose sur le tantième de participation des porteurs de parts, ceux-ci seraient remboursés, du moins partiellement, avec leur propre argent.

On peut supposer enfin que les statuts n'aient pas prévu l'éventualité d'un rachat des parts et que, néanmoins, l'Assemblée générale ait voté, dans ce but, la création d'une réserve spéciale. Une telle délibération pourra-t-elle être attaquée avec succès par les porteurs de parts ?

La jurisprudence a répondu affirmativement dans une espèce où la réserve avait été formée au moyen des bénéfices distribuables auxquels les porteurs avaient vocation.

Voici en quels termes s'est prononcé l'arrêt de la Cour de Paris, du 8 Juin, dans l'affaire de la Société du *Bimétal* (1) :

« Considérant que la Société du Bimétal, en instituant des parts de fondateur, a entendu se prémunir contre les difficultés que pourraient faire naître de simples intéressés aux bénéfices, ne courant aucun risque, enclins à sauvegarder le présent aux dépens de l'avenir ; qu'elle leur a interdit l'accès des Assemblées générales et toute immixtion dans les affaires sociales ;

« Considérant que la dite Compagnie, invoquant les clauses et les stipulations des statuts, prétend refuser aux porteurs de parts bénéficiaires toute action en nullité qui équivaldrait à un contrôle exercé sur la gestion et leur permettrait de critiquer les délibérations prises par les actionnaires dans la plénitude de leurs droits et rendues indispensables par la situation de la Société ;

« Considérant que R... et consorts réclament l'intégralité des 30 0/0 des bénéfices nets et distribuables que leur assurait le bilan au 31 Décembre 1899 ; qu'ils poursuivent la nullité d'une résolution prescrivant la mise à une *réserve spéciale*, en violation des statuts, de sommes leur appartenant, pour améliorer, par voie de rachats de parts de fondateur, le sort du capital social, sur lequel ils n'auront aucun droit à faire valoir, pas plus pendant l'existence de la Société que lors de sa dissolution ou de sa liquidation ; que, par suite, elle a été à bon droit déclarée recevable par le jugement attaqué.... »

Un pourvoi fut formé contre cet arrêt. Mais la Chambre des Requêtes le rejeta et confirma la doctrine de la Cour de Paris, par arrêt du 8 Décembre 1902 :

« Attendu que, dans les Sociétés par actions, dont les statuts ont créé des parts de fondateur attributives d'une participation aux bénéfices pendant la durée de l'exploitation, sans aucun droit ou du moins sans la même vocation que celle des actionnaires sur le capital qui ressort

(1) Gazette du Palais, 1901-2-46.

tira de la liquidation finale, il en résulte entre les porteurs de ces titres et les actionnaires un lien contractuel en vertu duquel les Assemblées générales, de quelque pouvoir qu'elles soient investies pour la gestion des affaires sociales, ne peuvent y faire rentrer une combinaison tendant à frustrer la première catégorie de ces intéressés au profit de la seconde, à moins que les mesures adoptées ne soient imposées par des circonstances dont il appartient aux Tribunaux d'apprécier souverainement la gravité ;

« Attendu que, dans l'espèce, les parts de fondateur, instituées au nombre de 5.900, avaient droit à 30 0/0 des bénéfices annuels de la Société, après prélèvement de l'intérêt du montant des actions et de la réserve légale ; qu'à la vérité, dans le cas où l'Assemblée générale jugerait utile de constituer des réserves spéciales, il lui était permis d'y affecter des bénéfices dans une proportion qui n'avait été limitée par les statuts que pour les six premiers exercices ; mais que, par une interprétation souveraine du contrat, les juges du fond ont décidé que les réserves auxquelles contribueraient ainsi les porteurs de parts devaient avoir un but d'utilité commune entre eux et les actionnaires, c'est-à-dire tendre à soutenir et à développer l'industrie en vue d'en tirer des produits sur lesquels les uns et les autres seraient appelés à exercer leurs droits respectifs, et qu'il n'y avait pas lieu de reconnaître ce caractère à la création d'un fonds au moyen duquel la Société se proposait de racheter les parts de fondateur, à la vérité de gré à gré, mais en les obtenant à des prix d'autant plus modiques que ces titres seraient privés de leur revenu... »

Par ces motifs, la Société fut condamnée à verser à chacun des porteurs de parts sa quote-part des 90.000 fr dont la mise en réserve spéciale était déclarée non-avenue (1).

L'illégitimité de la constitution d'une réserve spéciale en vue du rachat des parts est donc certaine, dans le silence des statuts, du moins si cette réserve est alimentée

(1) Cassation, Requêtes. 8 Décembre 1902. Gazette du Palais 1902-I-126.

par des bénéfices auxquels les porteurs ont vocation : ce qui était le cas de l'espèce.

Mais la Cour de Cassation n'a pas tranché le point de savoir si cette réserve spéciale serait permise dans l'hypothèse où elle ne serait constituée qu'au moyen de prélèvements sur les dividendes distribuables aux actionnaires.

Nous croyons que le rachat des parts ne peut être imposé aux porteurs. Ce serait une véritable expropriation. Les porteurs, en vertu de leur contrat, ont droit à une quote-part de bénéfices nets pendant toute la durée de la Société. Ce contrat fait la loi des parties et c'est seulement d'un commun accord entre les parties qu'il peut être modifié ou résolu. Si le rachat est prévu par les statuts, les porteurs l'ont accepté en se soumettant au pacte social. Mais, dans le cas contraire, le rachat ne peut être opéré qu'à la suite de négociations entre les actionnaires et les porteurs de parts et de l'acceptation de ces derniers.

SECTION III

AUGMENTATION OU DIMINUTION DU CAPITAL SOCIAL

Avant la loi de 1913, la doctrine tendait en général à refuser à l'Assemblée générale, dans le silence des statuts, le droit d'ordonner une augmentation de capital. Quelques auteurs cependant (1) et la jurisprudence inclinaient à une solution opposée (2). Aujourd'hui, le droit dont il s'agit appartient certainement à l'Assemblée générale.

Supposons donc que l'Assemblée générale ait décidé d'augmenter le capital. Celui-ci est, par exemple, doublé.

(1) Lyon-Caen et Renault II, N° 867. « La loi du 16 Novembre 1903 doit conduire à admettre le pouvoir de l'assemblée générale de décider l'augmentation ou de la réduction du capital social. D'abord, la création d'actions de priorité entraîne une augmentation de ce capital et il doit pouvoir être augmenté, à fortiori, par la création d'actions ordinaires. »

(2) Cassation 30 Mai 1892. Sirey, 1892 I-561.

Or, avant l'augmentation, les droits des porteurs étaient, une fois les prélèvements opérés, de 20 0/0 des bénéfices nets. Quelle va être désormais la situation des porteurs ? Si, dans notre hypothèse, le bénéfice annuel s'augmente de moitié et si les porteurs, dont le nombre est le même, touchent encore 20 0/0, leur titre leur rapportera moitié plus qu'autrefois, et, à ce gain, correspondra pour les actionnaires, anciens et nouveaux, une perte égale. Faut-il donc réduire de moitié la part des porteurs sur les bénéfices réalisés par la Société dont le capital est doublé ?

Deux questions se présentent ici. D'abord, l'Assemblée générale, en votant l'augmentation de capital, peut-elle fixer elle-même la fraction de bénéfices accordés aux parts ?

En cas de négative, quelle solution convient-il d'adopter ?

Sur cette première question, nous croyons qu'il n'appartient pas à l'Assemblée générale d'imposer aux porteurs une réduction de leur tantième de participation. La loi des parties est le pacte social primitif. Les porteurs ne connaissent que ce pacte et ils peuvent en réclamer l'exécution en ce qui les concerne. Si la situation des porteurs a été réglée par les statuts, en cas d'augmentation du capital, il convient de s'y référer (1). Dans le cas contraire, la situation des porteurs ne peut être modifiée qu'avec leur consentement.

Il arrive que la Société, pour se défaire des parts de fondateur, les transforme en actions de capital. Par cette sorte de rachat déguisé, la Société augmente fictivement son capital. Une telle opération serait illicite si elle tendait à faire échec aux dispositions légales relatives aux actions ; il en serait ainsi, par exemple, si la Société émettait systématiquement des parts divisées en fractions de valeur infime, pour les transformer ensuite en actions. Mais si elle n'est pas faite en fraude de la loi, l'opération en question peut être considérée comme licite. Il sera certainement permis à la Société, en particulier, dans le cas où un apporteur aurait reçu en échange de son apport

(1) Tribunal Commerce Seine., 21 Novembre 1892.
J. des Sociétés, 1893-129.

à la fois des actions d'apport et des parts bénéficiaires, de lui attribuer, en remplacement de ses parts, une certaine quantité d'actions nouvelles représentant l'excédent de la valeur de son apport sur la valeur de ses actions d'apport.

La transformation des parts en actions est licite alors, disons-nous, mais à une condition essentielle : c'est qu'elle ait été permise par les statuts. Si le pacte social a gardé le silence sur ce point, ou s'il n'a pas indiqué aux tiers dans quelle mesure ils doivent tenir compte de l'opération éventuelle, l'opération serait illégitime. Les actionnaires anciens, adversaires de la transformation, voyant concourir désormais avec eux les porteurs qui, jusque là, n'avaient été payés qu'au second plan, pourraient attaquer cette décision de l'Assemblée générale comme aggravant leur situation.

Le Tribunal de Commerce de la Seine a rendu un jugement conforme aux solutions qui précèdent (1) :

« Attendu que, s'il est vrai que les statuts de la Société stipulent que le fonds social peut être augmenté ou réduit, il convient d'observer que les dits statuts sont muets sur l'éventualité de l'apport des parts de fondateur à la Société ; qu'il est constant que la délibération de l'Assemblée générale qui a décidé cette opération non prévue par les statuts est nulle et doit être déclarée telle...

« Que, dans ces conditions, la Société défenderesse invoquerait vainement la prétendue régularité de l'opération qui consiste dans la conversion des parts de fondateur en actions ; que, d'ailleurs, la doctrine produite paraît s'être spécialement préoccupée de la question de savoir si cette conversion peut être considérée comme légale, pour le cas où elle est prévue par les statuts ; qu'il n'en découle pas le droit pour une Assemblée générale de décider cette conversion en dehors des prévisions des statuts et hors l'assentiment de tous les actionnaires ;

« Attendu, qu'en outre, la dite doctrine indique qu'on peut soutenir la légalité de la conversion de parts de fondateur en actions de capital que dans le cas où les parts de fondateur ont été créées en représentation partielle

(1) 10 Juillet 1901. Revue des Sociétés. 1901.

de la valeur d'un apport en nature dont le surplus a été rémunéré par des actions et où les nouvelles actions créées à titre d'augmentation de capital en représentation de l'apport des parts, peuvent être considérées comme ayant comme contre-partie la valeur de l'apport en nature rémunéré originairement par les parts, le bilan, dans ce dernier cas, s'équilibrant et les actions représentant un actif réel et équivalent ; que tel n'est pas le cas de l'espèce..... »

Nous venons d'examiner les diverses hypothèses relatives aux rapports des actionnaires et des porteurs en cas d'augmentation de capital.

Quand il s'agit d'une réduction du capital social, il ne paraît pas que les porteurs aient un intérêt sérieux à critiquer cette décision.

Fréquemment, en effet, c'est un déficit de l'entreprise qui dicte la réduction. Il y a lieu, en ce cas, de ramener le chiffre du capital au niveau de la valeur réelle de l'actif social. Alors, le tantième de participation des porteurs n'est pas diminué, il tendrait, au contraire, à s'accroître, puisque les prélèvements que les porteurs doivent subir, avant de toucher leurs parts, sont moins considérables. Cette situation lèse d'autant moins les porteurs que, si la réduction n'avait pas été ordonnée, il aurait fallu mettre en réserve tous les bénéfices jusqu'à reconstitution entière du capital social ; cette mesure eut empêché les porteurs de toucher quoi que ce soit pendant un certain nombre d'exercices. On ne sait donc pas pourquoi les porteurs se plaindraient.

C'est à ces considérations qu'a obéi le Tribunal de Commerce de Marseille dans son jugement du 1^{er} Mars 1904 :

« Attendu, dit-il, que la réduction de capital ne doit porter aucune atteinte aux droits essentiels des intéressés, actionnaires et porteurs de parts, soit à leurs rapports respectifs ; attendu qu'il n'est pas douteux que la réduction du capital social de 1.600.000 à 640.000 francs modifie la situation des actionnaires et préjudicie gravement à leurs droits, tels qu'ils résultent des statuts, à l'avantage des administrateurs et porteurs de parts de fondateur, et cela par le motif que la diminution du taux en capital des actions à rembourser pendant l'existence de la Société,

ou lors de sa liquidation, et du premier dividende de 6 0/0 à leur distribuer annuellement, diminue notablement les prélèvements à faire avant l'exercice des droits des dits administrateurs et porteurs de parts ; que la simple majorité de l'Assemblée générale ne saurait imposer à la minorité la perte des droits assurés aux actionnaires par les statuts dans l'actif social et dans les bénéfices » (1).

Jusqu'à présent, nous avons raisonné sur l'hypothèse d'une perte subie par la Société. C'est le cas le plus vraisemblable. Il est clair qu'en dehors de cette perte, la Société ne réduira pas son capital ; les actionnaires agiraient, par une semblable résolution, contrairement à leurs propres intérêts. Si, pourtant, une telle éventualité se produisait, les porteurs auraient le droit de critiquer la décision de l'Assemblée générale.

SECTION IV

DISSOLUTION ANTICIPÉE OU PROROGATION DE LA SOCIÉTÉ

La dissolution anticipée est la décision qui donne naissance, de la part des porteurs, aux contestations les plus fréquentes. Une telle mesure, en effet, leur est gravement préjudiciable, puisqu'elle les empêche de toucher la part de bénéfices sur laquelle ils étaient en droit de compter, depuis le moment de la dissolution jusqu'à l'époque primitivement fixée pour la dissolution normale.

La dissolution anticipée peut-elle motiver une action des porteurs ? (2) Oui, si elle est décidée en fraude des droits des porteurs ou même si elle n'est pas justifiée par les circonstances. Il se présente ici, comme pour les autres décisions de l'Assemblée, une question d'opportunité à résoudre par les juges de l'espèce.

(1) Tribunal Commerce Marseille. 1^{er} Mars 1904,
Journal des Sociétés, 1905, page 128.

(2) Voir Sirey. 1889-1-417 (2^e partie), note de M. Chavegrin.
M. Chavegrin estime que les porteurs de parts de fondateur ont le droit d'agir en justice quand l'assemblée générale les prive des bénéfices sur lesquels ils étaient en droit de compter.

La jurisprudence a subi, sur ce point, une évolution intéressante.

D'abord, elle n'a admis la légitimité de l'action des porteurs que dans le seul cas où la dissolution aurait été décidée pour faire fraude à leurs droits.

La Cour de Paris, le 16 janvier 1886, est partie de ce principe (1) : « Considérant en droit qu'une Société qui a constitué, par ses statuts, des parts de fondateur, appelées à participer aux bénéfices sociaux dans certaines conditions déterminées, ne peut sans contredit mettre à néant, par une dissolution arbitraire les avantages qu'elle a ainsi concédés, mais qu'il n'en résulte pas de là qu'elle soit condamnée à prolonger son existence, quoi qu'il advienne, pendant tout le temps fixé aux statuts ; que la dissolution des Sociétés à terme peut, suivant l'article 1871 du Code civil, être demandée, avant le terme convenu, quand il y a de justes motifs, que la constitution des parts de fondateur ne change pas la nature du lien social ; que le contrat de Société n'en reste pas moins régi par les dispositions de la loi qui lui sont propres ; que ceux qui ont reçu des parts à un titre quelconque n'ont pu se méprendre sur le caractère aléatoire d'une pareille valeur ; qu'ils ont volontairement suivi la fortune de la Société et qu'ils ne peuvent être fondés à se plaindre d'une dissolution anticipée qu'au cas où cette dissolution aurait eu lieu en fraude de leurs droits..... »

Cet arrêt fut déféré à la Cour de Cassation qui rejeta le pourvoi (2). La Cour Suprême accepta la théorie de la Cour de Paris, mais elle y ajouta quelque chose :

« Attendu, dit-elle, que pour repousser la demande des porteurs, l'arrêt attaqué s'est fondé, d'une part, sur ce que la dissolution avait été prononcée par l'Assemblée générale sur de justes et légitimes motifs et d'autre part sur ce que la mesure dont il s'agit n'avait pas été prise en fraude des droits des demandeurs et ne leur avait porté par le fait aucun préjudice. »

Ainsi donc, *l'élément du juste motif*, qui se trouvait en fait dans l'espèce, mais qui n'avait pas été retenu expli-

(1) Gazette du Palais, 1886-I-311.

(2) Cassation, 29 Février 1888.

Gazette du Palais, 1888-I-428.

citement dans les motifs de l'arrêt de la Cour de Paris, se trouve introduit par la Cour de Cassation.

Désormais, la jurisprudence admettra les porteurs à critiquer une dissolution anticipée, même autorisée des statuts, qui n'aurait pas été décidée avec loyauté à l'égard des porteurs, c'est-à-dire en vertu de justes motifs (1) :

Le juste et légitime motif de dissolution anticipée peut être indiqué par la loi elle-même. Il en est ainsi, aux termes de l'article 37 de la loi du 24 juillet 1867, si le capital social est diminué au moins des trois quarts. Les circonstances pourront aussi fournir de justes motifs de dissolution ; elles seront souverainement appréciées par les Tribunaux.

« Attendu, dit la Cour de Cassation, le 24 Mars 1903, que si, dans les Sociétés où ont été instituées des parts de fondateur, il ne dépend pas de la seule volonté des actionnaires de supprimer ces parts au moyen d'une dissolution anticipée ; les Tribunaux sont investis d'un pouvoir souverain pour mesurer la gravité des circonstances propres à légitimer les décisions prises en ce sens par les Assemblées générales des Sociétés vouées à une ruine imminente si elles avaient persisté dans leur exploitation. »

Les principes en cette matière ont été très clairement formulés par un jugement du Tribunal de Commerce de Marseille dont voici les principaux motifs (2) :

« Attendu que les statuts d'une Société par actions, instituant des parts de fondateur auxquelles est attribuée une quotité dans les bénéfices, établissent entre les porteurs de ces parts et les actionnaires un *lien contractuel* à raison duquel l'Assemblée générale, quoique maîtresse de voter une dissolution anticipée, ne peut le faire sans engager la responsabilité sociale envers les porteurs de parts, à moins que cette dissolution n'ait été imposée par des raisons légitimes et suffisamment justifiées ; qu'on ne saurait admettre qu'une Société puisse réduire à néant,

(1) Cassation, 24 Mars 1903 J. des S., 1903, p. 545.

Cassation, 15 Juin 1898. G. du Palais, 98-2-63.

Trib. Comm. Seine, 10 Mars 90. J. des S., 1890-520

Trib. Comm. Marseille, 4 Août 1905. J. des S., 1907-445.

(2) Trib. Comm. Marseille, 4 Août 1905. J. des S., 1907-455

par une dissolution arbitraire, les avantages concédés aux parts de fondateur.... que le droit des porteurs de parts, quoique aléatoire et dépendant de l'éventualité de bénéfices incertains, limite, par le fait même de son existence, l'application du droit de dissolution et en restreint l'exercice aux seuls cas où la dissolution s'imposerait par le fait des affaires sociales ; qu'en d'autres termes, les actionnaires ne peuvent pas se laisser guider par leur intérêt ou leurs convenances personnelles et sacrifier les droits des porteurs de parts, sans ouvrir au profit de ces derniers une action en dommages-intérêts. »

En définitive, la dissolution anticipée est, pour l'Assemblée, un droit limité par le droit des porteurs de parts. Pour être à l'abri de l'action de ces derniers, une telle décision doit, d'abord, n'avoir pas été prise en fraude de leurs droits. Il y aurait fraude, par exemple, si les actionnaires, dans le but de se décharger du service de la participation aux porteurs, votaient la dissolution anticipée et reconstituaient immédiatement la Société sur des bases semblables. Mais l'absence de fraude ne suffit pour que la décision portant dissolution anticipée s'impose aux porteurs de parts. Il faut encore que cette dissolution s'explique par de justes motifs, lesquels ne peuvent être puisés que dans la marche même des affaires sociales.

Jusqu'ici, nous avons envisagé l'hypothèse d'une dissolution pure et simple. Mais la dissolution peut se présenter sous un autre aspect : nous voulons parler du cas où celle-ci intervient en vue d'une fusion.

En cas de fusion, la dissolution anticipée offre pour les porteurs un intérêt considérable. Alors ce n'est plus la mauvaise allure des affaires sociales qui motive la décision ; la Société est en pleine prospérité ; les porteurs pensent donc avec anxiété au sort de leur participation.

La fusion nous montre deux Sociétés qui se déclarent dissoutes et sont remplacées par une Société nouvelle que constitue la réunion des deux autres. La fusion proprement dite se distingue de la cession d'actif, opération dans laquelle une seule Société se déclare dissoute, après quoi son actif est cédé par le liquidateur à une autre Société qui l'absorbe.

La fusion et la cession d'actif intéressent trop gravement les porteurs de parts pour que ceux-ci n'aient pas le droit d'agir. Leur action est certainement recevable (1). Mais dans quels cas triomphera-t-elle au fond ?

Comme pour les autres décisions de l'Assemblée générale, il s'agit toujours de savoir si la dissolution anticipée, par voie de fusion, se justifie par les circonstances.

C'est ainsi que la jurisprudence a résolu la question.

La Cour de Paris, le 17 Juin 1891, a statué dans l'espèce suivante (2) : La *Banque Franco-Egyptienne*, fondée pour trente ans en 1870, décida en 1889 sa fusion avec la Banque de Paris et des Pays-Bas pour fonder une autre Banque du nom de « Banque Internationale de Paris ». Les porteurs, se trouvant lésés par cette fusion, émirent des réclamations et l'un d'eux, s'adressa aux tribunaux.

La Cour de Paris posa en principe que l'exercice du droit de dissolution n'est légitime, en l'absence de dispositions statutaires spéciales, que s'il est nécessaire.

« Considérant, dit ensuite la Cour, que cette nécessité ne résulte dans la cause ni des événements politiques, qui ont pu modifier le champ d'activité en Belgique, sans lui enlever tout moyen d'action soit en Egypte, soit ailleurs ; ni des vicissitudes subies par le chiffre des affaires de la Banque ou de ses bénéfices qui lui laissaient encore une situation prospère en présence de réserves qui assuraient son existence commerciale ; considérant que les avantages résultant de la transformation de société par les actionnaires, qui les ont stipulé à leur profit, n'équivalaient pas à la nécessité impérieuse qui s'imposerait à tous aux termes de loi et du contrat ; que cette transformation, dans les circonstances où elle a été décidée, constitue un abus du droit des actionnaires, par cela seul qu'elle a sacrifié sans nécessité le droit des porteurs de parts ; qu'il en résulte pour ceux-ci un dommage qui ouvre à leur profit une action en dommages-intérêts dans les termes de l'art. 1382 du code civil ; qu'à tort on pré-

(1) Lyon, 21 Novembre 1903. J. des S., 1904, page 421.

(2) Dalloz, 1893-I-565.

tendrait qu'en raison du caractère aléatoire des droits des porteurs de parts, le préjudice dont ils se plaignent ne serait ni actuel, ni certain ; que ce préjudice ne consiste pas dans la privation d'une somme ou d'un émoulement, mais dans la privation d'un droit qui, bien qu'aléatoire, représente une valeur certaine par l'existence même de cet aléa, auquel des chances de bénéfices sont attachées. »

Restait à la Cour à déterminer la valeur de ce droit des porteurs au moment de la dissolution. Elle l'établit par la moyenne des parts touchées pendant les dix-sept années écoulées depuis la fondation de la Société jusqu'à sa fusion. Toutefois, elle réduit cette moyenne à raison des chances variables des affaires de la Société.

Cet arrêt fut référé à la Cour de Cassation qui, le 4 Juillet 1893, le confirma : (1)

« Attendu que, lorsque les statuts d'une Société anonyme contiennent la constitution de parts de fondateur auxquelles est attribuée une fraction des bénéfices réalisés, et, en même temps, la faculté de dissolution anticipée de la Société, à l'existence de laquelle sont liés les droits des fondateurs, il appartient aux tribunaux d'examiner si, au regard des porteurs de parts, il a été fait usage de la faculté de dissolution dans des *conditions légitimes et suffisamment justifiées* et en cas de négative, d'accorder des dommages-intérêts aux porteurs de parts dont les intérêts ont été lésés. » La Cour de Cassation a statué d'une manière identique dans l'espèce, analogue à la précédente, de la Société des Téléphones de Madrid. La seule différence était que la dissolution anticipée était suivie, non d'une fusion proprement dite, mais d'une cession d'actif. Dans cette affaire, la Cour Suprême, par arrêt du 13 Juin 1898, dit encore que l'Assemblée générale, quoique maîtresse de voter une dissolution anticipée, ne peut, sans engager la responsabilité sociale, sacrifier les droits des porteurs, « à moins que cette résolution ne lui soit imposée par les circonstances dont il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement le caractère de gravité ». Or, dans les circonstances de l'affaire, les droits

(1) Dalloz, 1893-I-566. Journal des Sociétés, 1893, p. 498.

des porteurs se trouvaient sacrifiés à de simples conventions personnelles des actionnaires.

Ces principes n'ont pas cessé d'être vrais depuis que les pouvoirs de l'Assemblée générale ont été étendus par la loi de 1913. Ils doivent toujours s'appliquer lorsqu'une décision de l'Assemblée, quoique régulièrement rendue, prononce une dissolution anticipée, par voie de fusion ou de cession d'actif, qui n'est pas justifiée par les circonstances et porte préjudice aux porteurs de parts. La responsabilité sociale est alors engagée vis-à-vis de ces derniers.

Il nous reste à envisager l'hypothèse inverse d'une *prorogation de Société*.

L'Assemblée générale décide, soit conformément aux statuts, soit dans le silence de ceux-ci, que la Société sera prorogée au-delà de l'époque primitivement fixée pour sa dissolution. Que vont devenir, en cette occurrence, les droits des porteurs ?

Si les statuts ont prévu cette éventualité, il faut se conformer à leurs dispositions sur ce point. Si les statuts ont prévu la prorogation, mais en gardant le silence sur les droits des porteurs, que convient-il de décider ? On peut admettre les porteurs à toucher leur part dans les bénéfices seulement pendant les années que devait encore durer la Société avant le vote de la prorogation. Les porteurs, en effet, n'avaient un droit sur les bénéfices annuels que pendant la période primitivement fixée ; celle-ci étant expirée, les droits sont éteints. C'est en ce sens qu'a statué un arrêt de la Cour de Paris du 8 Juillet 1886 (1). Mais

(1) J. des S., 1887-269.

Voici en quelques mots l'affaire sur laquelle le Tribunal de Commerce de la Seine et la Cour d'appel de Paris ont eu à statuer. L'assemblée générale du journal *Le Figaro* avait (art. 8 des statuts) alloué aux héritiers de Villemessant 6 0/0 sur les bénéfices nets pendant toute la durée de la Société du *Figaro*.

Quel était exactement le sens de ces mots « pendant toute la durée » ?

La question se posa en 1884, quand les actionnaires du *Figaro* prorogèrent la durée de la Société pour une nouvelle période de trente ans, c'est-à-dire jusqu'au 31 Décembre 1919.

La résolution de l'assemblée générale n'avait pas parlé des 6 0/0 des porteurs de parts, mais quand ceux-ci demandèrent aux actionnaires que cette portion des bénéfices leur fut versée, les actionnaires

nous croyons préférable de dire que, la prorogation étant par hypothèse prévue par les statuts, les porteurs en es-comptaient légitimement le bénéfice ; ils continueront donc à prendre part aux bénéfices annuels.

C'est du reste en ce sens que s'est prononcé le Tribunal de Commerce de la Seine, en date du 28 Octobre 1912 (1). D'après ce jugement, en l'absence d'une stipulation précise des statuts qui serait déroгatoire aux principes, les parts de fondateur créées par une Société anonyme ne cessent pas d'exister par l'expiration de la période prévue aux statuts pour la durée de cette Société et les parts conservent encore des droits éventuels dont le règlement est subordonné au sort de la Société elle-même. Une Société qui se proroge n'est pas, juridiquement, une Société différente, elle n'est que la continuation de la Société originale conservant les mêmes charges et tenue aux mêmes obligations. La prorogation de la Société a donc, pour conséquence de proroger également le droit, pour les parts, de recevoir les dividendes qui leur sont alloués statutairement.

Quoiqu'il en soit, nous pensons que les porteurs n'auraient plus rien à prétendre dans les bénéfices si, les statuts ayant été muets sur la possibilité même de la prorogation, celle-ci avait été décidée par l'Assemblée générale dans sa pleine souveraineté. Alors, les porteurs ne pourraient nullement invoquer cette considération qu'ils étaient en droit de compter sur la prorogation. En vertu de leur contrat, ils devaient toucher un tantième des bénéfices jusqu'à l'époque fixée pour la dissolution de la Société :

res refusèrent, prétextant que ce droit aux bénéfices ne devait pas excéder la durée primitivement fixée de la Société.

Les héritiers de Villemessant intentèrent un procès à la Société. Ils furent déboutés par jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 5 Novembre 1884.

Le Tribunal dit bien que les 6 0/0 sont dûs pendant toute la durée de la Société, mais pour la durée telle qu'elle est définie dans le pacte social, soit trente ans, jusqu'au 31 Décembre 1889. Pour qu'il en fut autrement, la décision relative à la prorogation aurait dû prévoir le cas des 6 0/0.

La Cour de Paris confirma, le 8 Juillet 1886, le jugement du Tribunal de Commerce de la Seine.

(1) J. des Sociétés, 1913, 443.

rien de plus. Le contrat marque la limite de leurs droits dans le temps. A moins que la décision de l'Assemblée ne leur en fasse la concession, ils n'ont plus de droits sur les bénéfices de la Société prorogée. La jurisprudence, nous l'avons vu, lorsqu'elle estime fondée l'action des porteurs contre une décision de l'Assemblée générale portant dissolution anticipée, accorde à ces porteurs des dommages-intérêts par application de l'article 1382 du Code civil. Elle n'annule pas la décision dont il s'agit et n'ordonne pas la continuation de la Société.

Quelle est la valeur juridique de cette solution ? Le porteur de parts, nous l'avons montré, est un créancier de participation dans les bénéfices de la Société. Or, une obligation ne doit se résoudre en dommages-intérêts que si son exécution en nature ne peut plus être exigée par les intéressés. Le créancier puise dans l'article 1143 le droit de demander que ce qui a été fait contrairement à la promesse soit détruit ; il peut se faire autoriser à la détruire aux dépens du débiteur. Le porteur de parts n'a-t-il donc pas, juridiquement, la faculté de demander l'annulation de la décision de l'Assemblée générale et la continuation de la Société ?

Nous n'hésitons pas à approuver la solution jurisprudentielle pour cette raison, précisément, que l'exécution en nature au profit du porteur n'étant plus pratiquement possible, il y a lieu de transformer l'engagement des actionnaires en dommages-intérêts.

Que l'exécution en nature de la promesse de la Société envers les porteurs ne soit plus pratiquement possible, c'est ce qu'il est facile de voir, lorsqu'on examine les circonstances qui déterminent ou qui entourent la dissolution prématurée d'une Société.

Une Société se dissout par anticipation, puis fusionne avec une autre. Comment les porteurs pourraient-ils obtenir l'exécution en nature de l'engagement primitivement pris par la première Société ? S'il y avait continuation du service de la participation, la seconde Société, qui a fusionné avec la première, se verrait condamnée à exécuter une obligation qu'elle n'a jamais contractée. Ou bien il faudrait admettre que la première Société, quoique fondue avec l'autre, survivrait en quelque sorte à sa dissolution

au regard des porteurs de parts. Conséquences inadmissibles et impraticables qui imposent la solution consacrée par les arrêts, c'est-à-dire la condamnation de la Société dissoute à payer aux porteurs une indemnité pour le préjudice que la dissolution prématurée leur a causé.

S'il s'agit, non plus d'une fusion, mais, d'une dissolution anticipée pure et simple, l'exécution en nature de l'engagement primitif de la Société apparaît aussi bien peu pratique. En cette hypothèse, la dissolution s'explique d'ordinaire par le mauvais état des affaires sociales. On ne voit pas, dès lors, quel intérêt les porteurs auraient à exiger l'exécution en nature. S'il arrive, d'autre part, que l'absence de bénéfices suffisants ne soit pas la cause de la dissolution, on ne voit pas non plus ce que les porteurs gagneraient à une prolongation de la Société contre la volonté de celle-ci. La publicité de la tentative de dissolution atteindrait fâcheusement son crédit. Les porteurs ne sauraient donc retirer des avantages appréciables d'une survie sociale ainsi obtenue. Mieux vaudra pour eux qu'ils reçoivent des dommages-intérêts.

Le principe de l'indemnité aux porteurs étant admis, il reste à savoir comment il conviendra d'évaluer cette indemnité ? Elle doit être égale à la part des bénéfices qui auraient été perçus par les porteurs dans les exercices ultérieurs. Mais comment prévoir les revenus futurs de l'exploitation ? Nous avons vu que la Cour de Paris, dans son arrêt du 17 Juin 1891, s'est basée sur la moyenne des sommes payées depuis le début de la Société et sous la déduction d'une prime représentant les risques auxquels les porteurs échappent pour l'avenir. On a aussi proposé (1) un autre procédé d'évaluation, d'après lequel le montant de l'indemnité due aux porteurs de parts devrait être égal au prix de vente courant tel qu'il est indiqué par la cote de la Bourse. Mais cette somme peut être inférieure ou supérieure au préjudice causé. Elle lui sera souvent supérieure, car le porteur, pouvant prélever sa cote-part sur la différence entre l'actif net et le montant nominal des actions, ne perdra pas la valeur entière de ses titres. Elle lui sera inférieure si la liquidation de

(1) Wahl. Les parts de fondateur, page 32

l'actif ne rapporte rien aux porteurs (1). Nous croyons donc préférable d'accepter le système admis par l'arrêt précité de la Cour de Paris.

Toutes les difficultés que nous venons d'examiner, relativement à la dissolution anticipée de la Société, seraient supprimées dans une large mesure par le projet de loi du 4 Juillet 1903. D'après ce texte, les porteurs seraient groupés en Assemblée qui serait convoquée par la Société. Il serait donc possible de régler contractuellement les questions de dissolution comme les autres. Lorsque l'Assemblée des porteurs, délibérant suivant certaines conditions de quorum déterminées par le projet, aurait approuvé la dissolution anticipée, les porteurs dissidents ne pourraient se plaindre. C'est seulement au cas de désapprobation que les porteurs pourraient, par le représentant de leur Assemblée, agir en dommages-intérêts et que l'appréciation des motifs de la dissolution appartiendrait aux Tribunaux.

SECTION V

DROITS DES PORTEURS DE PARTS DE FONDATEUR EN CAS DE LIQUIDATION

Une dernière question doit se poser maintenant, celle des droits des porteurs de parts de fondateur dans le partage de l'actif social, en cas de liquidation.

Deux hypothèses peuvent se présenter à l'esprit : ou bien la Société, parvenue à son terme statutaire, liquide, l'Assemblée ne décidant pas de proroger son existence, ou bien l'Assemblée générale extraordinaire décide la dissolution anticipée de la Société.

(1) La jurisprudence a d'ailleurs admis le droit, pour les porteurs, d'obtenir cumulativement des dommages-intérêts et leur part dans le solde de liquidation. Voir Paris, 20 Juil. 1898. J. des Sociétés, 1899, page 158.

Cette solution doit être approuvée ; car l'indemnité accordée aux porteurs représente uniquement les sommes qu'ils auraient touchées si la Société n'avait pas été dissoute par anticipation.

Quels seront, dans ces deux cas, les droits des porteurs de parts de fondateur ?

Si les statuts ont envisagé cette situation et l'ont réglée, il conviendra de suivre leurs dispositions. Mais cependant, il est permis de se demander si les statuts peuvent prévoir que l'actif sera réparti entre les actions et les parts de fondateur sans prélèvement du capital social au profit des actionnaires.

MM. Genevois (1), et Wahl (2), prétendent que rien ne s'oppose à une telle clause, si les droits des créanciers sont sauvegardés.

M. Wahl s'exprime ainsi :

Si, dit-il, les actionnaires peuvent renoncer à prélever dans le cours de la Société, avant de partager les bénéfices avec les porteurs de parts, les intérêts de leur capital, il n'y a pas plus de raison pour annuler la clause des statuts portant renonciation au droit de prélever, après la dissolution, le capital lui-même. Cette clause revient indirectement à augmenter la portion de l'actif social qui doit revenir aux porteurs de parts, et ce qui pourrait être fait d'une manière indirecte. D'ailleurs, les actionnaires ne nuisent qu'à eux-mêmes ; ils ne portent aucun préjudice aux créanciers sociaux, et il appartient à chacun de renoncer aux droits établis en sa faveur. Méconnaissons-nous la définition que nous avons donnée de la part de fondateur ? La faisons-nous rentrer dans le capital social, en lui donnant droit au remboursement de ce capital ? Si cela était vrai, ce ne serait pas seulement la clause qui serait nulle, ce serait la Société elle-même, car une partie du capital social aurait échappé, sous le nom de parts de fondateur, aux formalités de constitution exigées dans l'intérêt des tiers. Mais nous ne pensons pas que la clause en question aboutisse à donner aux porteurs de parts le droit d'obtenir le remboursement d'un capital ; elle leur permet seulement de participer aux bénéfices et à l'actif nets, sans avoir à craindre un prélèvement des actionnaires ; elle augmente leur créance, sans en modifier la nature. »

(1) Traité des parts de fondateur, p. 52 et suivantes

(2) J. des S., 1897, p. 203.

M. Houpin (1), estime que « les détenteurs de parts de fondateur n'ont droit, à fin de Société, au partage de l'actif liquidé avec les actionnaires qu'après que, non seulement le passif aura été éteint, mais que toutes les actions auront été remboursées à leur valeur nominale. »

Son argumentation est la suivante : les parts de fondateurs n'ayant pas contribué à la formation du fonds social, ne peuvent, en concurrence avec les actions, venir au partage du fonds social. En outre, si pareille clause était admise, ce serait, d'une manière détournée, constituer des actions d'apport sous le nom de parts bénéficiaires et tourner la disposition de la loi du 1^{er} Août 1893 interdisant leur négociation dans les deux ans de la constitution de la Société.

Nous croyons devoir nous ranger à l'avis de M. Houpin : la part de fondateur ne peut venir en concurrence avec les actions pour le partage du capital social. Cette opinion est, du reste, en complet accord avec la définition que nous avons donnée de la part de fondateur et le caractère que nous lui avons prêté : la part n'est à aucun point de vue une action, elle est un droit de créance sur les bénéfices futurs de la Société. De sorte que tant que le capital n'est pas remboursé aux actionnaires, la part ne peut faire valoir ses droits. M. Houpin ajoute : « Si la jurisprudence venait à consacrer la validité des titres, qualifiés parts de fondateurs, conférant une partie des droits essentiels attachés à l'action, il ne resterait qu'à demander l'intervention du législateur pour réprimer les abus qui ne tarderaient pas à se produire. »

La Cour de Cassation (2), dans un arrêt du 20 Juin 1917, a émis la théorie suivante, qui peut se résumer ainsi : Le porteur de parts qui, d'après les statuts et conformément aux principes généraux, n'ont de droit que sur les bénéfices, ne peuvent, en cas de dissolution de la Société, réclamer une portion quelconque de l'actif, qu'après le paiement du passif et le remboursement du capital social.

Cet arrêt ne tranche pas la question puisque dans l'espèce qui était soumise à la Cour Suprême, les statuts ne

(1) J. des Sociétés, 1895, p. 385.

(2) J. des Sociétés, 1918, p. 302. Note Bösieux.

contenaient pas la clause d'après laquelle les porteurs de parts auraient droit de concourir au partage des bénéfices nets avant que les actionnaires aient prélevé le capital de leurs actions.

Nous estimons donc que pareille clause doit rester sans effet.

CONCLUSION

Cette étude nous a montré la variété des conflits qui peuvent se produire entre actionnaires et porteurs de parts de fondateur. La part est une gêne pour les Sociétés et celles-ci cherchent soit à diminuer l'importance de la participation bénéficiaire, soit même à supprimer la part dès que la chose est possible.

En l'absence d'une réglementation légale de la part, la jurisprudence, nous l'avons vu, a visé à la conciliation des droits des porteurs avec les droits des actionnaires et avec la bonne gestion des affaires sociales. Les arrêts que nous avons analysés se sont inspirés de cette idée que le porteur est un créancier de participation aux bénéfices. Ils ont admis les porteurs à critiquer les décisions de l'Assemblée générale ordinaire ou extraordinaire leur portant préjudice. Ils ont accordé des dommages-intérêts à ces porteurs lorsqu'ils ont estimé que les délibérations de l'Assemblée étaient prises en fraude de leurs droits ou n'étaient pas suffisamment justifiées par les circonstances.

Cette jurisprudence, dans son ensemble, mérite d'être approuvée. Elle a heureusement suppléé au silence de la loi. Mais on ne peut que regretter cette absence de réglementation légale qui aboutit à livrer les rapports des actionnaires et des porteurs à l'appréciation souveraine des juges.

C'est à cette situation en quelque sorte anarchique que le projet du 4 Juillet 1903 a cherché à mettre fin en définis-

sant la condition juridique des porteurs et en organisant leurs relations avec la Société.

Les porteurs ont un intérêt évident à se grouper pour la défense de leurs droits. D'ailleurs, des circonstances multiples peuvent rendre désirable un accord entre eux et la Société. Par exemple, la Société désirerait obtenir des porteurs des réductions quant aux répartitions de bénéfices, ou bien elle voudrait racheter les parts, ou bien encore elle a l'intention de fusionner avec une autre Société.

Actuellement, la Société prend une décision en dehors des porteurs et il ne reste à ceux-ci que la ressource de la critiquer par voie judiciaire. Actionnaires et porteurs se trouvent abandonnés aux longueurs et aux aventures d'un procès. Ne vaudrait-il pas mieux que porteurs et actionnaires entamassent d'abord des pourparlers et se missent d'accord sur la décision à laquelle songent les actionnaires.

Aussi, le projet autorise-t-il, nonobstant toute clause contraire des statuts, la réunion d'Assemblées de porteurs. Ces Assemblées, délibérant dans des conditions déterminées, pourront prendre des résolutions s'imposant aux porteurs. (Articles 18, 22, 23, 24 et 25 du projet.)

De plus, les Assemblées de porteurs de parts sont convoqués par la Société. Et cette convocation est obligatoire pour la Société lorsque des porteurs possédant le vingtième au moins des parts, la réclament par écrit avec indication d'un ordre du jour. (Article 20.)

La voie est ainsi ouverte à des rapports contractuels entre porteurs et actionnaires. L'Assemblée des porteurs statue sur toutes les questions qui lui sont soumises. Elle peut consentir notamment à la réduction du droit aux bénéfices, au rachat des parts par la Société, à la conversion des parts en actions (Article 23). L'Assemblée des porteurs peut aussi consentir aux modifications statutaires. Mais l'article 25 élève le quorum aux 2/3 et la résolution doit réunir les 3/4 des voix.

L'Assemblée des porteurs apprécie les motifs d'une dissolution anticipée de la Société. En cas d'approbation, les porteurs dissidents ne peuvent alors se plaindre. En cas de désapprobation, le représentant de l'Assemblée des

porteurs, investi de pouvoirs semblables à ceux du représentant d'une Assemblée d'obligataires, peut agir au nom des porteurs en dommages-intérêts.

Nous ne saurions, en terminant cette étude, émettre trop fortement le vœu que les rapports entre actionnaires et porteurs de parts soient précisés et réglementés conformément aux idées directrices du projet de 1903.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES CONSULTÉS

- ALAUZET. — Commentaire sur les Sociétés civiles et commerciales, t. II.
- ARTHUYS. — Traité des Sociétés commerciales (2 vol.)
- BAUDRY et WAHL. — De la Société, du Prêt, du Dépôt.
- BOUVIER-BANGILLON. — La législation nouvelle sur les Sociétés.
- COPPER-ROYER. — Traité théorique et pratique des Sociétés anonymes.
- DECUGIS. — Traité pratique des Sociétés par actions.
- DELOISON. — Traité des Sociétés commerciales françaises et étrangères (2 vol.)
- FLOUCAUD-PENARDILLE. — Les Sociétés par actions 2 vol.)
- GENEVOIS. — Nouveau régime des Sociétés.
- GOIRAND. — Traité des Sociétés par actions (3 vol.)
- GUILLOUARD. — Traité du contrat de Société.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales (3 vol.)
- LECOUTURIER. — Traité des parts de fondateur.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial (2 vol. sur les Sociétés).
- NYSENS et CORBIAU. — Traité des Sociétés commerciales (Belgique).
- PERCEROU. — Des fondateurs des Sociétés anonymes (thèse).
- RIVIÈRE. — Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les Sociétés.

- ROUSSEAU Rod. — Des Sociétés commerciales françaises et étrangères (2 vol.)
— Questions nouvelles sur les Sociétés.
— Etude sur les parts de fondateur.
THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial.
— De la réforme de la loi sur les Sociétés par actions.
THALLER et PIC. — Traité général théorique et pratique de droit commercial.
— Des Sociétés commerciales.
VAVASSEUR. — Traité des Sociétés civiles et commerciales (2 vol.)
WAHL. — Les parts de fondateur.

JOURNAUX ET PÉRIODIQUES

- Annales de droit commercial et industriel, français, étranger et international (fondées par M. THALLER, dirigées par M. J. PERCEROU).
Dalloz. — Jurisprudence générale.
Le Droit.
Gazette du Palais.
Gazette des Sociétés et du droit financier.
Gazette des Tribunaux.
Journal de l'Enregistrement et du Domaine.
Journal des Sociétés civiles et commerciales.
La Loi.
Journal du Palais.
Pandectes françaises.
Recueil juridique des Sociétés, publié par Juris-Classeurs.
Revue de l'Enregistrement.
Revue pratique des Sociétés civiles et commerciales. (Louvain).
Revue des Sociétés.
Sirey. Recueil général des lois et arrêts.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER	
Définition de l'action et de la part de fondateur..	5
SECTION I. — L'action.....	5
SECTION II. — La part de fondateur.....	9
Ses causes d'attribution.....	9
Nature juridique.....	12
CHAPITRE II	
Exclusion des porteurs de parts de la gestion sociale	33
CHAPITRE III	
Décisions de l'Assemblée générale ordinaire et droits des porteurs de parts à l'égard de celles-ci.	37
SECTION I. — Etablissement de comptes. Réserves....	37
SECTION II. — Amortissements.....	41
SECTION III. — Répartition des bénéfices. Report à nouveau. Droit de communication des porteurs....	48
CHAPITRE IV	
Décisions de l'Assemblée générale extraordinaire et droits des porteurs à l'égard de celles-ci.....	57
SECTION I. — Modification aux statuts.....	59
SECTION II. — Rachat des parts de fondateur.....	63
SECTION III. — Augmentation ou diminution du capital social.....	66

SECTION IV. — Dissolution anticipée ou prorogation de la Société.....	70
SECTION V. — Droits des porteurs de parts de fonda- teur en cas de liquidation.....	80
CONCLUSION	85
BIBLIOGRAPHIE.....	89

TABIE DES MATIÈRES

